Das Befehlsverfahren in der St. Gallischen Zivilprozessordnung von 1939

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

von

lic. iur. Willy Gschwend

von Appenzell

Ernst Lang, Zürich 2 . 1943

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0095

Das Befehlsverfahren in der St. Gallischen Zivilprozessordnung von 1939

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

von

lic. iur. Willy Gschwend

von Appenzell

Ernst Lang, Zürich 2 . 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 8. Juli 1943 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Matti als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist als bescheidener Beitrag zur st. gallischen Zivilprozessgebung gedacht. Sie bezweckt vor allem, einige Lichtblicke in einen umstrittenen Ausschnitt des st. gallischen Prozessrechtes zu geben und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Wenn sie vor allem dem Praktiker einige Wegleitungen geben kann, so wird mir dies grosse Genugtuung bereiten. Infolge starker militärischer Inanspruchnahme konnte ich nicht alle Probleme mit der beabsichtigten Gründlichkeit verfolgen. Ich hoffe aber dennoch, dass meine Abhandlung die richtige Anwendung des neu in die Prozessordnung aufgenommenen „Befehlsverfahrens" zu fördern vermag.

An dieser Stelle sei mir gestattet, allen denjenigen aufrichtig zu danken, die mir in wohlwollender Weise das nötige Material zur Verfügung gestellt oder wertvolle Anregungen gemacht haben.

St. Gallen, Herbst 1943.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	5
§ 1. Der Zweck des Befehlsverfahrens	21
§ 2. Geschichtliches	23
A. Römisches Recht	23
B. Germanisches und kanonisches Recht	23
C. Frankreich	23
D. Kanton St. Gallen	24
§ 3. Die Voraussetzungen	28
I. Allgemeine Grundsätze	28
A. Unzulässigkeit des Befehlsverfahrens gegenüber Amtsstellen und Verwaltungsbehörden	28
B. Unzulässigkeit des Befehlsverfahrens für die Vollziehung der Verfügungen von Amtsstellen	29
C. Unzulässigkeit des Befehlsverfahrens für öffentlichrechtliche Ansprüche	30
D. Bauwesen und Befehlsverfahren	31
E. Unnütze Befehle und ihre Vermeidung	39
F. Unzulässigkeit des Befehlsverfahrens auf Geldleistungen	40
G. Strafrechtlich sanktionierte Unterlassungsansprüche und Befehlsverfahren	41
II. Objektive Voraussetzungen	43
A. Die Voraussetzungen des Besitzesschutzes	43
1. Die Regelung im ZGB	43
2. Die unerlaubte Selbsthilfe	45
3. Die Besitzesstörung	46
4. Die Besitzesentziehung	49
B. Die Voraussetzungen zur Handhabung von klarem Recht	50
1. Im Allgemeinen	50
a) Liquide Verhältnisse	51
b) Keine erheblichen Einreden	55
2. Im Speziellen	56
a) Bei unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenständen	56
b) Bei der Exmission	61
C. Die Voraussetzungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung	65
1. Allgemeines	65
2. Terminologie	67

Seite

3. Konnexität 68
4. Gefährdung des Streitgegenstandes . . . 69
5. Feststellungsklagen 70
6. Drohende Schadenszufügung 70
7. Einstweilige Verfügungen und Arrest . . . 70
8. Vorsorgliche Herausverlangung von Urkunden zu Beweiszwecken 72
9. Einstweilige Verfügungen und Art. 59,1 BV . . 73
10. Befehle an Dritte 74

III. Subjektive Voraussetzungen 77

A. Die Bezeichnung der Parteien 77
B. Die Legitimation zur Sache 78
C. Die Legitimation zum Verfahren 79
1. Die Partei- und Prozessfähigkeit 79
2. Die Mehrheit der Parteien 80
3. Die Nebenparteien 81
4. Die Parteivertretung 83
5. Die Rechtsnachfolge 84

§ 4. Das Verfahren 85

I. Die Verfahren der St. Gallischen ZPO 85

II. Die summarischen Verfahrensarten der St. Gallischen ZPO und ihre Beziehungen zum Befehlsverfahren . 86

III. Die Zuständigkeit 89

A. Die örtliche Zuständigkeit 89
B. Die sachliche Zuständigkeit 91
1. Die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO . . . 91
2. Die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung 92
C. Die funktionelle Zuständigkeit 95
D. Die Zuständigkeit bei Vorhandensein eines Schiedsvertrages 95

IV. Die Einleitung und Durchführung des Verfahrens . . 96

A. Das Rechtsbegehren 96
B. Die Wirkung desselben 99
C. Die Vermittlungstätigkeit des Befehlsrichters . . 100
D. Die Vernehmlassung und die Klageantwort . . . 101
E. Die Verhandlung 102
F. Der Erlass einer vorläufigen Verfügung . . . 103
G. Die Wirkung des Stillschweigens oder der Abwesenheit der Parteien 104
H. Die Protokollierung 105
J. Die Beweisabnahme 105

Seite

K. Die Fällung des Erkenntnisses 107
L. Die Auflage einer Sicherheitsleistung 107
M. Das Verfahren vor dem Gemeindeammann . . 109

§ 5. Der Entscheid 110
I. Die Erkenntnisse der St. Gallischen ZPO . . . 110
II. Der Rechtscharakter der Verfügungen 111
III. Die Wirkung der Verfügungen 113
A. Die formelle Rechtskraft 113
B. Die materielle Rechtskraft gegenüber summarischen Verfügungen 113
C. Ausnahmen 114
D. Die materielle Rechtskraft gegenüber Urteilen . . 115
IV. Insbesondere der Rechtscharakter und die Wirkung der einstweiligen Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten 119
V. Der Inhalt der Verfügungen in materieller Hinsicht . 120
A. Allgemeines 120
B. Befehle zu einem Tun oder Unterlassen . . . 121
C. Sequestration 121
D. Auferlegung einer Sicherstellung 122
E. Konservatorische oder antizipierende einstweilige Verfügungen 122
F. Die Androhung 123
1. Die Androhung einer Busse 123
2. Die Androhung der Vornahme der anbefohlenen Massnahme oder Handlung 126
3. Die Androhung von ähnlichen Zwangsmassnahmen 126
VI. Der Inhalt der Verfügungen in formeller Hinsicht . . 127
VII. Der Kostenspruch 128
VIII. Die Fristansetzung zur Klage 129

§ 6. Die Vollstreckung 132
I. Allgemeines 132
II. Das Vollstreckungsverfahren 132
A. Kantonale, innerhalb des Kantons zu vollstreckende Verfügungen 132
1. Allgemeines 132
2. Die Festsetzung der Busse und deren Vollzug . . 133
a) Das Verfahren 133
b) Der Rekurs gegen das Straferkenntnis . . 136
c) Der Vollzug der Busse 136
d) Das Verfahren gegen juristische Personen . . 136

Seite

3. Die weiteren Vollzugsmassnahmen 138
a) Bei Befehlen zu einem Tun 138
b) Bei höchstpersönlichen Leistungen zu einem Tun 138
c) Bei Leistungen, die durch Dritte verrichtet werden können 138
d) Bei Befehlen zu einem Unterlassen . . . 138
e) Bei Nichterzwingbarkeit der Leistung . . 138

B. Kantonale, in der übrigen Schweiz zu vollstreckende Verfügungen 139
C. Ausserkantonale, im Kanton St. Gallen zu vollstrekkende Verfügungen 141
D. Die Vollstreckung von St. Gallischen Befehlen im Ausland und ausländischen Befehlen im Kanton St. Gallen 142

III. Die Kosten des Vollzugsverfahrens 143
IV. Die Beschwerde gegen die Vollzugsverfügungen . . 143

§ 7. Die Weiterziehung 144
I. Allgemeines 144
A. Der Rechtsmittelbegriff 144
B. Der Zweck 144
C. Die Arten der Rechtsmittel im allgemeinen . . 144
D. Die Rechtsmittel der St. Gallischen ZPO . . . 145
II. Die Berufung 145
A. Die Voraussetzungen in formeller Hinsicht . . 146
1. Die Befehlsverfügung 146
2. Die Legitimation 146
3. Die Wahrung der Frist 146
4. Die Wahrung der Form 147
5. Das Nichtvorliegen eines Verzichts oder einer Zurücknahme 147
B. Die Voraussetzungen in materieller Hinsicht . . 148
C. Die Wirkung der Berufung 148
1. Der fakultative Suspensiveffekt 148
2. Der Devolutiveffekt 149
D. Das Berufungsverfahren 149
E. Die Erledigung der Berufung 150
III. Die Nichtigkeitsbeschwerde 151
IV. Die Wiederherstellung 151
V. Die Reinigung von der Versäumnis 152
VI. Die Erläuterung 152
VII. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde 153
VIII. Die Weiterziehung an das Bundesgericht . . . 154

Literaturverzeichnis

AKERET G. Das Versäumnisverfahren im Zivilprozessrecht. Diss. Zürich. Andelfingen 1935.

BAUMBACH A. Zivilprozessordnung (Taschenkommentar). 4. Auflage. Berlin 1928.

BAUMGARTNER G. J. Geschichte des Kantons St. Gallen. Einsiedeln 1890.

BAUR E. W. Das summarische Verfahren. Diss. Zürich. Winterthur 1927.

BAYER H. Theorie der summarischen Prozesse mit Ausschluss des Konkursprozesses. München 1830.

BECKER H. Obligationenrecht. Kommentar. II. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Bern 1934.

BLUMENSTEIN E. Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. Bern 1911.

BOECKLI O. Die Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau. Kommentar. Frauenfeld 1930.

BRANDER O. Das Retentionsrecht nach Schweizerischem Zivilrecht. Diss. Zürich. Affoltern 1933.

BRIEGLEB H. K. Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig 1859.

BURCKHARDT W. Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung. III. Auflage. Bern 1931.

v. CLERIC G. F. Leitfaden der strafrechtlichen Rechtssprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes. Bern 1925.

EGGER A. Das Personenrecht. Kommentar. 2. Auflage. Zürich 1930.

ELSER J. St. Gallisches Baupolizeirecht. St. Gallen 1015.

ENGELER V. Der Einzelriczhter in den Schweizerischen Zivilprozessrechten. Diss. Zürich. Wil 1929.

FICK F. Das Schweiz. Obligationenrecht. Kommentar. Zürich 1915.

FICK F. Zur Frage der Realexekution der Obligationen, welche in einem Tun oder Unterlassen bestehen. SJZ Bd. 3 S. 181.

FLEINER F. Institutionen des deutschen Verwaltungs-Rechts. 8. Auflage. Zürich 1939.

FRICK W. Kann dem wegen Patentverletzung Angeklagten zugemutet werden, vor dem ordentlichen gerichtlichen Entscheid seine Tätigkeit um- oder einzustellen? SJZ Bd. 24 S. 160.

FRITZSCHE H. Das Rechtsbot, eine Eigentümlichkeit ostschweiz. Zivilprozessordnungen. Zürich 1905.

GERMANN O. A. Schweiz. Strafgesetzbuch, Textausgabe mit Verweisungen, Einleitung und Sachregister. Zürich 1938.

GIERKE O. Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. II 1873; Bd. III 1881. Berlin.

GIERKE O. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
GIERKE O. Deutsches Privatrecht. Leipzig. Bd. I 1895; Bd. III 1917.
GIESKER H. Die zivilrechtliche Beschwerde. Zürich 1915.
GLASSON E. Précis théorique et pratique de précédure civile. tome premier. Paris 1908.
GMUER M. Uebereinstimmung der Begriffe in Zivil- und Strafrecht. ZSR Bd. 44 S. 587.
GOLDSCHMIDT J. Zivilprozessrecht. Berlin 1929.
GUHL TH. Das schweizerische Obligationenrecht. I. Halbband. 2. Auflage. Zürich 1936.
GUHL TH. Ersitzung von Grundeigentum und Grunddienstbarkeiten nach dem ZGB. ZBJV Bd. 65 S. 241.
GUYER E. Die vorsorglichen Massnahmen in Patentsachen. SJZ Bd. 6 S. 157.
HAFTER E. Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903.
HAFTER E. Lehrbuch des schweiz. Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.
HAFTER E. Personenrecht. Kommentar. 2. Auflage. Bern 1919.
HAFTER E. Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin 1903.
HELLWIG K. System des deutschen Zivilprozessrechtes. Leipzig 1912.
HEUSLER A. Der Zivilprozess der Schweiz. Mannheim, Berlin, Leipzig 1923.
HIS E. Obligationenrecht. Kommentar. Vierte Abt. Bern 1940.
HOLLIGER J. Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Diss. Zürich. Affoltern a. A. 1904.
HOMBERGER A. Das schweiz. Zivilgesetzbuch. Zürich 1933.
HOMBERGER A. Das Sachenrecht. Dritte Abt. Besitz und Grundbuch. Kommentar. 2. Auflage. Zürich 1938.
HUBER E. Recht und Rechtsverwirklichung. 2. Auflage. Basel 1925.
JAEGER C. Schuldbetreibung und Konkurs. Kommentar. 3. Auflage. Zürich 1911.
JAEGER C. Einleitung zur Textausgabe des OG. Zürich 1912.
JAEGER E. Die Behandlung des Eigentumsvorbehaltes im schweiz. SchKG. Diss. Zürich 1926.
JELLINECK J. Allgemeine Staatslehre. 3. Auflage. Berlin 1929.
KLEIN F. — ENGEL F. Der Zivilprozess Oesterreichs. Mannheim 1927.
KLING M. Du référé et de ses applications en jurisprudence. Paris 1905.
KOELLREUTTER ART. Oeffentliches Recht im Handbuch der Rechtswissenschaft. IV. Bd. 1927. Berlin und Leipzig.
KOHLER, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess. ArchZivP Bd. 80. 1893.
LABAND P. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 5. Auflage. 1911. I. Bd. Tübingen.

LEEMANN H. Sachenrecht. Kommentar. II. Abt. 2. Auflage. Bern 1925.
LEEMANN H. Grundbuchsperren nach kantonalem Prozessrecht. SJZ Bd. 23 S. 209.
LEUCH G. Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. Kommentar. 2. Auflage. Bern 1937.
v. LISZT F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allg. Teil. 25. Auflage. Berlin und Leipzig 1927.
v. LISZT F. Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Berlin 1889.
LUECHINGER M. Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen. Diss. Zürich. Brugg 1924.
MATTI H. Zivilprozessrecht. Zürich 1938.
MERKLI, Betrachtungen zu § 80 des Zür. Strafgesetzbuches. SJZ Bd. 12 S. 121 ff.
MEYER-WILD, Massnahmen zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. SJZ Bd. 30 S. 177.
NAEF K. Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweiz. Recht. Diss. Zürich. Aarau 1919.
NAWIASKY H. Allgemeine Rechtslehre. Einsiedeln 1941.
OSER H. Obligationenrecht. Kommentar. Zürich 1915.
OSER H. — SCHOENENBERGER W. Das Obligationenrecht. Kommentar. 2. Auflage. Zürich 1936.
OSTERTAG F. Sachenrecht. Kommentar. III. Abteilung. 2. Auflage. Bern 1917.
OSTERWALDER J. Die Berufung im St. Gallischen Zivilprozessrecht von 1939. Diss. Bern. Wil 1942.
OSWALD, Prof. an der Universität Fribourg, Vorlesung über Rechtsenzyklopädie. 1936.
PLANCK J. W. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes.
Bd. I Allg. Teil. Nördlingen 1887.
Bd. II Bes. Teil. München 1896.
POLLAK R. System des österreichischen Zivilprozessrechtes. 2. Auflage. Wien 1932.
RASCHLE H. Das Institut der vorsorglichen Beweisaufnahme. SJZ Bd. 12 S. 226.
RIGOLETH W. Die ordentlichen Rechtsmittel der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde in der Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen. Diss. Bern. Linz 1931.
ROSENBERG L. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. II. Auflage. Berlin 1921.
SCHERRER-FUELLEMANN, Gesetz betr. die Zivilrechtspflege.
SCHMIDT R. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. 2. Auflage. St. Gallen 1912.
Leipzig 1906.
SCHNEIDER A. und FICK H. Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht. Zürich 1915.

SCHOENBERG S. 10 Jahre schweiz. Zivilgesetzbuch. Die Grundbuchpraxis. Aarau 1924.
SCHOENENBERGER W. Die kantonalen Erlasse zum ZGB und OR. Kommentar 1939 Zürich.
SCHURTER E. — FRITZSCHE H. Das Zivilprozeßrecht der Schweiz. Zürich 1933.
SPERRL H. Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege. I. Bd. Das Zivilprozessrecht. Wien 1930.
STAEHELIN A. F. Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes. 1937. Basler Studien Heft 11.
STAUFFACHER W. Vorläufige Vollstreckung. SJZ Bd. 19 S. 289.
v. STEIGER F. Die Stellung des Handelsregisterführers im Falle von Einsprachen gegen formell richtig angemeldete Eintragungen. SchwAG Bd. VI S. 85.
STEINER E. Vorsorgliche Verfügungen gegen unlauteren Wettbewerb. SJZ Bd. 30 S. 26.
STEIN F. Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich. Kommentar. 14. Auflage. Tübingen 1928/29.
STRAEULI H. und HAUSER W. Gesetze über die Zürcherische Rechtspflege.
II. Gesetz betr. den Zivilprozess (Zivilprozessordnung). Kommentar. 2. Auflage. Zürich 1939.
TEITLER J. Grundzüge des St. Gallischen Zivilprozessrechtes. Diss. Bern. St. Gallen 1932.
THORMANN PH. Die Rechtshilfe der Kantone auf dem Gebiet des Strafrechts. ZSR 47 S. 1a.
THORMANN PH. und v. OVERBECK A. Das Schweizerische Strafgesetzbuch. Kommentar. Zürich 1941.
v. THUR A. Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts. Tübingen 1924/25.
TUOR P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 4. Auflage. Zürich 1940.
v. VANGEROW C. A. Pandekten. 7. Auflage. Marburg 1863.
VETSCH J. Die Umgehung des Gesetzes. Diss. Zürich. 1917.
VOELKI R. Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz. Diss. Zürich. Winterthur 1934.
WETZEL W. System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Auflage. Leipzig 1878.
WIELAND C. Sachenrecht. Kommentar. Zürich 1909.
WINDSCHEID B. Pandekten. 6. Auflage. Frankfurt 1878.
WOLFF M. Das Sachenrecht. Bd. III des Lehrbuches des bürgerlichen Rechts von Ennecerus-Köpp-Wolff. 9. Bearbeitung. Marburg 1932.
v. WYSS K. Ueber das summarische Verfahren, soweit es zum ordentlichen Prozessverfahren in Beziehung steht. SJZ Bd. 11 S. 146.
ZOLLIKOFER J. J. Der bürgerliche Prozess nach Gesetzen und Uebung des Eidg. Kantons St. Gallen. St. Gallen 1826.

Zeitschriften und Sammlungen

Amtliche Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
Alte Folge: Kantonsblatt 1803—1816
Sammlung der Gesetze und Beschlüsse 1817—1868
Neue Folge: 1869 ff.

Amtliche Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen 1842
(sog. Schlumpf'sche Sammlung 1803—1839).

Amtsberichte des Kantonsgerichtes, des Kassationsgerichtes, der Rekurskommission, des Appellationsrichters und des Rekursrichters 1862 ff.

Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen NF 1911 ff.

Archiv für zivilistische Praxis, Heidelberg 1818 ff.

Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen, Zürich 1892 ff.

Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Zürich 1902 ff.

Bundesgerichtliche Entscheidungen. Amtl. Sammlung. Lausanne 1875 ff.

Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel 1932 ff.

Eidgenössische Gesetzessammlung, AF 1848—74; NF 1874 ff.

Entscheidungen des Kantonsgerichtes, des Kassationsgerichtes, der Rekurskommission, des Appellationsrichters und des Rekursrichters, 1862 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, Leipzig 1880 ff.

Inhaltsverzeichnis zu den Entscheidungen des Kantonsgerichtes (mit sog. Becker'schen Anhang in Bd. I) Gesamtausgabe bis 1926.

Neue amtliche Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen bis 1868 (sog. Zingg'sche Sammlung).

Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, Basel 1912 ff.

Rechenschaftsberichte des Zürcherischen Obergerichtes, 1831 ff.

Sammlung der gegenwärtig in Kraft bestehenden Gesetze und Verordnungen des Kantons St. Gallen. 1826
(sog. Zollikofer'sche Sammlung 1803—26).

Schweizerisches Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung. Frauenfeld 1903 ff.

Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich 1928 ff.

Schweizerische Juristenzeitung, Zürich 1905 ff.

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern 1888 ff.

Schweiz. Centralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich 1900 ff.

St. Gallisches Verwaltungsrecht. Sammlungen grundsätzlicher Entscheidungen aus dem Gebiete des öffentlichen und des Verwaltungsrechts des Kantons St. Gallen 1850 ff.

St. Gallische Verwaltungspraxis. Fortsetzung der obigen Sammlung. 1914 ff.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 1864 ff.

Zeitschrift für schweiz. Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil 1920 ff.

Zeitschrift für schweiz. Recht, Basel 1852 ff.

Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich 1905 ff.

Quellen

1. Schweizerische Quellen

A. Kantonalrechtliche Quellen

a) Kanton St. Gallen

Verfassung von 1803, 1814, 1831, 1890

Gesetz über die Organisation des Gerichtswesens vom 21. Juni 1803

Gesetz betr. die Prozessformen und das Verfahren bei Zivilrechtsstreitigkeiten vom 29. Juni 1803

Nachtragsgesetz vom 17. Mai 1804

Gesetz über die Organisation der Gemeinde-, Verwaltungs-, Bezirks- und Gerichtsbehörden vom 4. Mai 1816

Gesetz über die Organisation der Gemeinde-, Verwaltungs-, Bezirks- und Gerichtsbehörden vom 27. Juli 1831

Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 30. Mai 1850

Gesetz über geringe bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vom 29. Nov. 1865

Gesetz betr. die Gerichtsorganisation vom 1. März 1867

Gesetz über die Benützung von Gewässern vom 23. Nov. 1893

Gesetz über die Gerichtsorganisation und Verfahren vom 9. Juli 1900

Forstgesetz vom 23. April 1906

Einführungsgesetz zum ZGB vom 3. Juli 1911/22. Juni 1942

Einführungsgesetz zum SchKG vom 30. Okt. 1911

Gesetz über die Strafrechtspflege bei Verbrechen und Vergehen vom 8. April 1942 mit den Abänderungen gemäss EG zum ZGB vom 17. Febr. 1941

Gesetz über die Verwaltung grösserer Gemeinden und Bezirke, sowie über die Stadtvereinigung St. Gallen vom 17. Mai 1916

Feuerpolizeigesetz vom 30. Dez. 1935

Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 7. Febr. 1939

Gebührenordnung für Zivil- und Strafrechtsverfahren vom 30. Dez. 1939

Einführungsgesetz zum StGB vom 24. März 1941

Beschluss des Regierungsrates über Massnahmen gegen die Wohnungsnot vom 28. Oktober 1941

Verordnungen und Kreisschreiben, vor allem

Bauordnung der Stadt St. Gallen vom 27. Febr. 1923

Botschaft zum Gesetzesentwurf betr. die Zivilrechtspflege vom 29. Juni 1894

Entwurf von Bundesrichter Dr. Engeler betr. die Zivilrechtspflege vom 6. Nov. 1930

Vorentwurf des Justizdepartements betr. die Zivilrechtspflege vom 31. Dez. 1932

Entwurf des Regierungsrates betr. die Zivilrechtspflege vom 23. April 1937

Botschaft zum Gesetz betr. die Zivilrechtspflege vom 1. Mai 1937

Protokoll der grossrätlichen Kommission zur Beratung des Entwurfes von 1937

Abänderungsanträge der grossrätlichen Kommission, Jan. 1938
Abänderungsanträge der Redaktionskommission, Febr. 1938
Entwurf der grossrätlichen Kommission betr. die Zivilprozessordnung vom 1. Juli 1938

Amtsberichte des Kantonsgerichtes
Amtsberichte des Regierungsrates

Entscheidungen des Kantonsgerichtes
Entscheidungen des Appellationsrichters
Entscheidungen des Bezirksgerichtes St. Gallen
Entscheidungen der verschiedenen Gerichtskommissionen
Entscheidungen der verschiedenen Bezirksgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen
Entscheidungen des Justizdepartementes
Entscheidungen des Bezirksammanns von St. Gallen

b) Kanton Zürich

Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. April 1913
Verfügungen des Audienzrichters des Bezirksgerichtes Zürich
Entscheide der 4. Kammer des zürcherischen Obergerichtes
Entscheide des Kassationsgerichtes

c) Kanton Bern

Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918

d) Kanton Luzern

Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung vom 28. Jan. 1913

e) Kanton Graubünden

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom 1. Jan. 1908

f) Kanton Glarus

Zivilprozessordnung vom 4. Mai 1930

g) Kanton Thurgau

Zivilprozessordnung vom 29. April 1928

h) Kanton Schaffhausen

Bürgerliche Prozessordnung vom 30. Okt. 1869

B. Bundesrechtliche Quellen

Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
BG über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Nov. 1850.
BG vom 24. Juli 1852 über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten
BG vom 24. Heumonat 1867 und 2. Hornung 1872 betr. Abänderung des Auslieferungsgesetzes
BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
BG betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, den Herkunftsbezeichnungen von Waren und den gewerblichen Auszeichnungen vom 26. Sept. 1890 und 21. Dez. 1928

BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 mit Abänderungen

BG betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900, 21. Dez. 1928

BG betr. die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907, 9. Okt. 1926, 21. Dez. 1928

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907

Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911, 18. Dez. 1936

BG betr. die Arbeitszeit in den Fabriken vom 27. Juni 1919

BG betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dez. 1922

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937

BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. Sept. 1943

Konkordat vom 8. Juni 1809 betr. die Ausschreibung, Verfolgung, Festsetzung und Auslieferung von Verbrechern und Beschuldigten, die diesfälligen Kosten, die Verhöre und Evokation von Zeugen in Kriminalfällen und Restitution gestohlener Effekten

Konkordat vom 7. Juni 1810 wegen gegenseitiger Stellung der Fehlbaren in Polizeifällen

Konkordat betr. die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstrekkung öffentlichrechtlicher Ansprüche vom 4. Sept. 1912

Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937

Bundesratsbeschluss betr. Massnahmen gegen die Wohnungsnot vom 15. Okt. 1941

Verfügung No. 2 des Volkswirtschaftsdepartementes über die Ausdehnung des Ackerbaus vom 11. Nov. 1941

Entwurf zu einem BG über den unlauteren Wettbewerb vom 3. Nov. 1942

Entwurf zu einem BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 9. Febr. 1943

Kreisschreiben des Bundesgerichtes No. 14 vom 11. Mai 1922

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes

2. Ausländische Quellen

A) Staatsverträge mit

Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869

Deutschland über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 2. November 1929

Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3. Jan. 1933

Oesterreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 15. März 1927

B) Entscheidungen des

Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin und Leipzig

Abkürzungen

Amtl. Samml.	=	Amtliche Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen. Alte und neue Folge
AmtsbKG	=	Amtsberichte des Kantonsgerichtes von St. Gallen
AmtsbReg	=	Amtsberichte des St. Gallischen Regierungsrates
Amtsblatt	=	St. Gallisches Amtsblatt
ArchZivP	=	Archiv für zivilistische Praxis
Bauord.	=	Bauordnung der Stadt St. Gallen
Befehlssachen Zü	=	Spruchbücher des Audienzrichters der Stadt Zürich
BesSchProt	=	Besitzesschutzprotokolle des Bezirksamtes von St. Gallen
BG	=	Bundesgesetz
BezGerPr	=	Bezirksgerichtspräsident
BGE	=	Bundesgerichtsentscheid
BlHE	=	Blätter für handelsgerichtliche Entscheide
BlZüR	=	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
BRB	=	Bundesratsbeschluss
BRegR	=	Beschluss des St. Gallischen Regierungsrates
BV	=	Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
BZP	=	Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
E	=	Entscheid
Ew	=	Erwägung
EAppR	=	Entscheid des St. Gallischen Appellationsrichter
EG	=	Einführungsgesetz
EGK	=	Entscheid der Gerichtskommission
EKG	=	Entscheid des Kantonsgerichtes (veröffentlicht)
EidgGesSamml	=	Eidgenössische Gesetzessammlung
EJustDep	=	Entscheid des Justizdepartements von St. Gallen
E4KZüOB	=	Entscheid der 4. Kammer des zürcherischen Obergerichtes
ERK	=	Entscheid der Rekurskommission
EZüKG	=	Entscheid des zürcherischen Kassationsgerichtes
EZüOG	=	Entscheid des zürcherischen Obergerichtes
GebOrd	=	Gebührenordnung
HRegV	=	Handelsregisterverordnung
HRF	=	Handelsregisterführer
KrSchrBGer	=	Kreisschreiben des Bundesgerichtes
MSchG	=	BG betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken
MMG	=	BG betr. die gewerblichen Muster und Modelle

OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht
OG	=	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege
Praxis	=	Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes
PatG	=	BG betr. die Erfindungspatente
Reichsgericht	=	Entscheid des Reichsgerichtes in Zivilsachen
RBZOG	=	Rechenschaftsbericht des zürcherischen Obergerichtes
SchwAG	=	Schweizerische Aktiengesellschaft
SchKG	=	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
Sammelband 1842	=	Amtl. Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen (sog. Schlumpf'sche Sammlung 1803—1839)
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung
StGB	=	Eidgenössisches Strafgesetzbuch
StPO	=	Gesetz über die St. Gallische Strafrechtspflege bei Verbrechen und Vergehen vom 8. April 1912 mit den Abänderungen gemäss EG zum ZGB vom 17. Febr. 1941
URG	=	BG betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst
UWG	=	BG über den unlauteren Wettbewerb
VP	=	St. Gallische Verwaltungspraxis
VR	=	St. Gallisches Verwaltungsrecht
ZBJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZBGR	=	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
Ziff.	=	Ziffer
ZPO	=	Geltende St. Gallische Zivilprozessordnung
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Zitationen

Art. 100,4	=	Artikel 100, Absatz 4
BGE 41 II 162	=	Bundesgerichtsentscheid, Band 41, II. Abteilung, Seite 162
BlZüR 31/27	=	BlZüR, Band 31, No. 27
Reichsgericht 103/56	=	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, Band 103, Seite 56
RBZOG 1901/186	=	RBZOG vom Jahre 1901, No. 186
VP II 81	=	St. Gallische Verwaltungspraxis, Band II, No. 81
VR III 647	=	St. Gallisches Verwaltungsrecht, Band III, No. 647
EKG 1911/25	=	Veröffentlichter Entscheid des St. Gallischen Kantonsgerichtes vom Jahre 1911, No. 25 (Anhang der Amtsberichte)

§ 1. Der Zweck des Befehlsverfahrens

Die äusseren Lebensverhältnisse der Menschen werden durch die Rechtsordnung geregelt. Sind diese Rechtssubjekte einander gleichgestellt, so nennen wir die Rechtssätze, die ihre Rechtsbeziehungen ordnen, privatrechtliche Normen. Ihre Achtung und Erfüllung geschieht meistens freiwillig. Doch trifft das nicht immer zu. Für alle diese Fälle muss das Recht verbindlich festgestellt und fast immer auch zwangsweise verwirklicht werden können. Dies ist die Aufgabe der staatlichen Rechtspflege. Ihre Organe sind die Gerichte, ihr Verfahren der Zivilprozess. Trotz dieser staatlichen Einrichtung stehen einer ordnungsgemässen Rechtsverwirklichung manche Gefahren entgegen. Jeder Prozess ist zeitlich von einer gewissen Dauer, welche die Streitsache für die klägerische Partei in hohem Masse gefähren kann, oder aber der Rechtsweg des ordentlichen Verfahrens ist viel zu lange oder zu kostspielig, um an sich einfache und klare Rechtsverhältnisse zur Entscheidung zu bringen. In erster Linie wird es dann vorkommen, dass ein Anspruch urteilsmässig festgestellt wird, aber nicht mehr in vollem Umfang durchgesetzt werden kann, weil das Objekt des Rechtsstreites sich verändert hat oder untergegangen ist. Im zweiten Falle wird sich eine Partei ein kostspieliges Urteil über eine Sache erringen, die schon von vorneherein klar war und viel einfacher, schneller und billiger hätte gelöst werden können. Deshalb muss der Zivilprozess nicht nur für die Durchsetzung des Rechts im allgemeinen besorgt sein, sondern auch für dessen Sicherung während der Dauer des Prozesses. Ferner muss dieses Recht so schnell als möglich durchgesetzt werden können, was besonders bei klaren Rechtsverhältnissen der Fall sein sollte.

Zur Lösung dieser Aufgabe enthalten die meisten Prozessordnungen eigene Verfahren. So auch diejenige des Kantons St. Gallen. Sie sucht diesen Zweck durch das sog. Befehlsverfahren zu erreichen. Dieses Procedere hat nun folgendes Ziel im Auge:

Es dient einmal einer raschen Rechtsverwirklichung bei klaren, nicht streitigen Verhältnissen. Der rechtssuchenden Partei soll ein kostspieliger und langwieriger Prozessweg erspart werden, wenn die Rechtslage zum vornherein klar ist und auf Grund einer auch nur summarischen Kognition gesagt werden kann, dass die klägerische Partei geschützt werden muss. Mit dem Entscheide wird dieser Partei ein Titel in die Hand gegeben, der sich wie ein Urteil vollstrecken lässt, ohne aber etwa einem Entschiede des ordentlichen Richters vorzugreifen (Art. 389 Ziff. 1 ZPO).

Der zweite Zweck des Befehlsverfahrens ist die Sicherung von gewissen Rechtsansprüchen bei der Rechtsverfolgung. Die Streitsache soll durch die Dauer des Prozesses keinen Schaden erleiden. Sobald irgendwie die Rechtsverfolgung gefährdet ist, soll die klagende Partei durch den Richter geschützt werden können, damit sie keine Gefahr läuft, trotz eines obsiegenden Urteils um ihr gutes Recht zu kommen. Der gegenwärtige Zustand der Streitsache soll in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vorläufig aufrecht erhalten bleiben, oder die Verhältnisse sollen derart gestaltet werden, dass der Prozessgegner den Streitgegenstand weder verändern, zerstören noch unrechtmässig veräussern kann. Die Art der Ansprüche, die auf diese Weise gesichert werden, sind vor allem solche Leistungen, die sich nur schwer in Geld abwägen lassen oder auf eine andere Weise nicht ersetzbar sind. Ansprüche auf Geld können nicht durch dieses Verfahren realisiert werden. Erreicht wird diese Sicherung der Rechtsverfolgung durch Massnahmen konservatorischen oder antizipierenden Charakters, je nachdem der bestehende Zustand aufrecht erhalten bleiben soll, oder eben vorläufig Anordnungen getroffen werden müssen (Art. 389 Ziff. 2 ZPO).

In dritter Linie dient das Befehlsverfahren dem Schutze des Besitzes, ganz ohne Rücksicht auf das Recht im Sinne von Art. 927 ZGB. Es soll der Besitz als solcher geschützt werden, wenn er gestört oder entzogen wird. Nur ein rasches, summarisches Verfahren, wie es das Befehlsverfahren darstellt, kann diesen Zweck erreichen (Art. 389 Ziff. 3 ZPO).

Die letzte Aufgabe dieses Verfahrens besteht in der Verhütung von Prozessen. Erreicht doch eine Partei die gleiche Wirkung wie in einem ordentlichen Verfahren. Ja diese Wirkung wird sogar noch erhöht. Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten einen vollstreckbaren Titel, der solange in Kraft bleibt, bis die Gegenpartei sich auf dem ordentlichen Rechtswege ein ihr günstiges Urteil errungen hat.

Die Mittel zur Erreichung dieser oben besprochenen Zwecke bestehen in konkreten Amtsbefehlen der Bezirksgerichtspräsidenten an die Gegenpartei, die nach summarischer, richterlicher Kognition erlassen und gleich wie Urteile vollstreckt werden.

§ 2. Geschichtliches

A. Schon das römische Recht kannte gewisse Massnahmen auf diesem Gebiete[1]. Einmal war es die Selbsthilfe zur Abwendung von Schaden, der unersetzbar blieb. Dann die richterliche Sequestration als sequestratio necessaria und sequestratio iudicalis[2]. Im ersten Fall konnte eine bewegliche Sache für die Vollstreckung erhalten bleiben, im zweiten Fall konnte der Richter einen sequestrierten Gegenstand in seine eigene Obhut nehmen. Eine grosse Rolle spielte die Sequestration bei Besitzesstreitigkeiten.

B. In Deutschland diente lange Zeit die Selbsthilfe als einziges nutzbringendes Mittel der Sicherung von Rechtsansprüchen. Der in seinem Rechte Verletzte oder Bedrohte sorgte selbst für die nötige Abhilfe. Auf die staatlichen Rechtspflegeorgane konnte man nur beschränkt bauen. Erst durch das kanonische Recht (durch die sog. clementina saepe vom Jahre 1306)[3] kamen abgekürzte Verfahren auf, der sog. Exekutivprozess und der Mandatsprozess in Kautions- und Arrestsachen zur Sicherstellung der gerichtlichen Verfolgung oder zur Sicherung eines künftigen, zur Zeit noch nicht feststehenden Rechts.

C. Besonders ausgebildet war der vorläufige richterliche Schutz in Frankreich. Er geht zurück bis auf das Jahr 1667 und kommt im sog. Référé-Verfahren[4] zum Ausdruck. Dieses wird in Fällen der Gefahr für eine der Parteien angewendet. Bei grosser Dringlichkeit kann der Präsident des Tribunals, früher lieutnant civil genannt[5], provisorische Verfügungen treffen und diese vollstreckbar erklären. Wird die Gegenpartei angehört, so nennt man die Verfügung ordonnance de référé, entscheidet der Richter ohne Anhören der Gegenpartei, so liegt eine ordonnance sur requête vor[6]. Beide haben für das nachfolgende ordentliche Verfahren absolut keinen präjudiziellen Charakter[7].

---

[1] Vangerow § 132.
Windscheid § 123.

[2] Vangerow §§ 189—193.
Windscheid § 134.

[3] Briegleb, Einleitung.
Goldschmidt S. 12.

[4] Kling S. 4.
Glasson S. 471.

[5] Kling S. 13.

[6] Kling S. 1.

[7] Glasson, „que l'ordonnance de référé laisse absolument intact le droit de la juridication ordinaire de statuer sur le fond de la prétention".
Kling S. 16 ff.

D. Im Kanton St. Gallen verfolgen wir den Erlass solcher vorläufigen Verfügungen bis zu dessen Gründung im Jahre 1803. Den Namen Befehlsverfahren finden wir aber erst in unserer geltenden ZPO. Allgemein lässt sich sagen, dass die provisorischen Anordnungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung bis 1831 in die Hand der richterlichen Gewalt gelegt waren[8]. Eine Ausnahme bildete der Besitzesschutz, der von der Exekutiven vorgenommen werden musste. Die Zeit nach 1831 bringt uns eine rückläufige Bewegung, indem die Zuständigkeit zum Erlass dieser provisorischen Verfügungen auf den Bezirksammann überging. Erst die neueste Prozessordnung aus dem Jahre 1939 führte die vollständige Gewaltentrennung auf diesem Gebiete durch und erklärte den Gerichtspräsidenten allein für kompetent, Amtsbefehle zu erlassen.

Die ersten Gesetze über das Zivilprozessverfahren sind das *Gesetz betr. die Prozessformen und das Verfahren bei Zivilstreitigkeiten vom 29. Juni 1803*[9] und *das Gesetz betr. einen Nachtrag zur Gerichtsorganisation und das gerichtliche Verfahren in Zivilstreitigkeiten und Strafsachen vom 17. Mai 1804*[10]. Das erste Gesetz enthält nur 22 Artikel und das Ergänzungsgesetz nur deren 12. Ueber Befehle und Gebote des Gerichtspräsidenten im Sinne eines Befehlsverfahrens finden wir nichts. Wie schon vorher erwähnt, stand diese Befugnis mit Ausnahme der einstweiligen Verfügungen der Exekutive zu. Weitere Bestimmungen müssen wir in den Verwaltungsgesetzen suchen. Einzig die erwähnte Privatarbeit von Stadtammann Joh. Jak. Zollikofer[11], die sich bemüht, das damals wirklich geübte Recht darzustellen, berichtet, dass der Kreisammann, der Vermittler in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,

---

[8] Einzige Quelle ist die Privatarbeit von Joh. Jak. Zollikofer, St. Gallen: „Der bürgerliche Prozess nach den Gesetzen und der Uebung des Eidgenössischen Kantons St. Gallen." Ein Taschenbuch für Freunde des Rechts. Diese Darstellung gewinnt an Wert, weil sie nicht wie fast alle anderen Arbeiten auf der Theorie des gemeinen deutschen Rechts aufbaut, sondern das im Kanton St. Gallen geltende und zum grossen Teil auch ungeschriebene Recht zur Darstellung bringen will.
Vergleiche die Ausführung des Verfassers im Vorworte: „Zur Würdigung der Arbeit dient, dass der Verfasser nur das habe schreiben wollen, was wirklich durch Gesetz und Uebung bestehe, nicht das, was allfällig noch zu wünschen wäre oder in der Theorie gut da stünde. Je mehr also der Verfasser in seinem Beschrieb den jetzigen durch Gesetz und Uebung bestehenden Zustand getroffen hat, desto mehr ist sein Zweck erreicht."

[9] Kantonsblatt 1803 S. 249.

[10] Kantonsblatt 1804 Heft III S. 239 oder Amtl. Samml. Sammelband 1842 I S. 644.

[11] Zollikofer § 352 S. 190.

befugt war, „den Sequester für einstweilige Sicherstellung eines streitigen Gegenstandes z. B. einer Erbschaft oder eines Grundstückes zu legen".

Das erste Gesetz, das uns Auskunft gibt, ist das *Organisationsgesetz der Gemeinde-, Verwaltungs-, Kreis- Bezirks- und Gerichtsbehörden vom 4. Mai 1816* [12], während das *Organisationsgesetz vom 21. Juni 1803* nichts aussagt [13]. Art. 179 gibt dem Bezirksstatthalter die Befugnis „zur Erhaltung des rechtlichen Besitzstandes oder für andere rechtliche Verhältnisse die erforderlichen höhern, obrigkeitlichen Bote" zu erlassen.

Im Jahre 1831 haben wir im jungen Kanton St. Gallen eine Verfassungsänderung [14], die auch eine neue Organisationsordnung der Gemeinden und Bezirke hervorruft. Das massgebende Gesetz ist das *Organisationsgesetz der Gemeinde-, Verwaltungs-, Bezirks- und Gerichtsbehörden vom 27. Juli 1831* [15]. Die Regelung unserer Materie wird ausgebauter. Wir haben zwei Instanzen, den Gemeinde- und den Bezirksammann. Ersterer ist nur zuständig zur „Erlassung von Mahnungen, Verboten, Aufkündigung und dergleichen in privatrechtlichen Verhältnissen". Letzterer ist Rekurs- und Besitzesschutzbehörde [16].

Die erste Prozessordnung, in welcher diese Verfügungen geregelt sind, ist das *Gesetz über den Zivilprozess vom 6. März 1850* [17]. Zuständig bleibt immer noch der Bezirksammann und in ganz dringlichen Fällen der Gemeindeammann. Die Befugnisse des Letzteren werden sogar erweitert und finden in einem speziellen Titel ihre einheitliche Regelung [18]. Es ist der Titel 34, der vom Besitzesschutz und den vorsorglichen Verfügungen durch Amtsbefehle handelt. Den Schutz des Besitzstandes kann verlangen [19], „wer sich in seinen wirklichen und redlichen, von einem andern aber angegriffenen oder bedrohten Besitz einer Sache oder

---

[12] Kantonsblatt 1816 S. 65.

[13] Kantonsblatt 1803 S. 177 und 209.

[14] Sammelband 1842 I S. 20. Amtl. Samml. AF IV (1828—32) S. 155.

[15] Sammelband 1842 S. 64. Amtl. Samml. AF IV S. 253.

[16] Art. 191: Er ist Behörde, bei der Einsprache gegen die Bote des Gemeindeammanns gemacht werden können. Ihm kommt auch zu, bei einem eintretenden Streitfall, in welchem die Parteien über den Besitzstand ungleicher Ansicht sind, durch Bote den bisherigen Rechtszustand zu schützen; den Parteien bleibt es aber überlassen, die deswegen entstandene Vorfrage sogleich dem Entscheide des betreffenden Gerichtes zu unterlegen. Die hierüber ergangene letztinstanzliche Erkanntnis gibt dann die Weisung, wie es in der Folge diesmal zu halten seye.

[17] Amtl. Samml. AF X 1849—1850 S. 357.

[18] Art. 252—257.

[19] Art. 252.

eines Rechts befindet, oder wer aus einem solchen Besitze in jüngster Zeit durch Gewalt oder überhaupt durch eigenmächtige, einseitige Handlungen eines Andern verdrängt oder darin gestört worden" ist. Das Mittel zum Schutz sind Amtsbefehle durch den Bezirksammann oder andere „Exekutorische Massnahmen" [20]. Darunter ist hauptsächlich die Polizeigewalt zu verstehen. Neu ist die Zuständigkeit des Bezirksammanns für die allgemeine Sicherung der Rechtsverfolgung bei Gefahr des Streitgegenstandes für eine Partei. Diese Sicherung geschieht durch sog. vorläufige oder einstweilige Verfügungen [21], und zwar durch „Erhaltung des gegebenen Zustandes" oder überhaupt durch jede vorläufige Anordnung, die notwendig ist, um einer Partei die Möglichkeit der Rechtsverfolgung sicherzustellen. Zeigte sich also z. B. in einem hängigen Rechtsstreite die Notwendigkeit einer solchen Verfügung, so gelangte man einfach an den Bezirksammann, der dann über den Richter hinweg einen Amtsbefehl erlassen konnte. Deshalb ist es nicht verwunderlich, dass es etwa zu Konflikten zwischen der richterlichen und der vollziehenden Gewalt gekommen ist.

Eine ähnliche Regelung zeigt das *Gesetz vom 9. Juli 1900* [22] *über die Gerichtsorganisation und das Verfahren.* Doch den Namen Befehlsverfahren finden wir auch in diesem Gesetze noch nicht. Der Gesetzesentwurf [23] verlangt eine konsequent durchgeführte Gewaltentrennung; aber die Opposition der Bezirksammänner war so gross, dass der Gesetzgeber genötigt war, deren frühere Kompetenzen wieder anzuerkennen [24]. Der Artikel über den Besitzesschutz findet die gleiche Ordnung. Die vorläufigen Verfügungen sind genauer umschrieben. Während im alten Gesetze einstweilige Verfügungen nur ohne Verletzungen des Besitzstandes getroffen werden konnten, erlaubt das Gesetz von 1900 den Erlass solcher Erkenntnisse auch bei Verletzungen des Besitzstandes, wenn es der Zweck derselben notwendig macht [25]. Daraus ergibt sich notwendigerweise eine Kompetenzerweiterung der Bezirksammänner, die gelegentlich nicht richtig verstanden wurde und zur Ueberschreitung der Befugnisse führte [26]. Für alle möglichen Sachen konnten einstweilige Verfügungen erwirkt werden.

Unser heute geltendes *Gesetz vom 7. Februar 1939 über die*

---

[20] Art. 253.

[21] Art. 254.

[22] Amtl. Samml. AF XIII 1899—1902 S. 160.

[23] Gesetzesentwurf des Regierungsrates betr. die Civilrechtspflege für den Kanton St. Gallen vom 29. Juni 1894.

[24] Siehe Scherer-Füllemann, Anmerkung zu Art. 267.

[25] Vgl. Art. 254 des Gesetzes von 1850 und Art. 273 des Gesetzes von 1900.

[26] Vgl. die Ausführungen auf S. 45 dieser Arbeit.

Zivilrechtspflege[27] regelt diese Tatbestände im sogenannten *Befehlsverfahren*[28], dessen Name dem zürcherischen Prozessrechte entnommen worden ist. Neu ist vor allem die endlich durchgeführte Gewaltentrennung, die so geregelt ist, dass hauptsächlich der Gerichtspräsident zuständig ist, Amtsbefehle zu erlassen; der Gemeindeammann nur noch in ganz dringenden Fällen unter sofortiger Kenntnisgabe an den Gerichtspräsidenten. Ferner wurde neu eingeführt die schnelle Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort feststellbaren, tatsächlichen Verhältnissen. Des weitern hat der Besitzesschutz klarere Bestimmungen erhalten, indem jetzt nur noch der Besitz als solcher geschützt wird, ohne Rücksicht auf das dahinterstehende Recht. So haben wir heute nach Art. 389 der st. gallischen ZPO das Befehlsverfahren für folgende Fälle:

1. Zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen, oder sofort feststellbaren tatsächlichen Verhältnissen.
2. Zur Erhaltung des bestehenden Zustandes oder zu vorläufigen Anordnungen, die vor Anheben oder während eines Rechtsstreites notwendig sind, um einer Partei die Möglichkeit der Rechtsverfolgung zu sichern.
3. Zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthilfe oder gegen sonstige eigenmächtige Eingriffe und Störungen, besonders zum Schutze des Besitzes und zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes.

---

[27] Amtl. Samml. NF XVI S. 397.

[28] Der Name Befehlsverfahren erscheint schon in den Entwürfen:
Vgl. 1. Entwurf vom 6. Nov. 1930 von Herrn Bundesrichter Dr. Engeler im Auftrage des RegR Art. 387 ff.
Vorentwurf des Justizdep. vom 31. Dez. 1932 Art. 384 ff.
Entwurf des RegRat vom 23. April 1937 Art. 390 ff.
Amtsblatt 1937 S. 497.
Entwurf der grossrätlichen Kommission vom 1. Juli 1938 Art. 389 ff.

§ 3. Die Voraussetzungen

I. Allgemeine Grundsätze

Das Befehlsverfahren gehört zum summarischen Verfahren der ZPO. Wir untersuchen zuerst seine Anwendbarkeit als solches, um nachher zu den einzelnen Voraussetzungen überzugehen.

Beinahe selbstverständlich klingt es, dass dieses Procedere nur dem Privatrecht und nicht etwa dem öffentlichen Recht dienen darf[1]. Wann liegt nun aber Privatrecht und wann öffentliches Recht vor? Ueber diese alte Streitfrage gibt es bekanntlich eine Menge von Theorien. Wir schliessen uns der Ansicht des Bundesgerichtes an, das auf dem Boden der in der Doktrin sog. Subjektionstheorie steht[2]. Entscheidend ist, ob das einzelne Rechtssubjekt dem andern subordiniert oder koordiniert ist. Als öffentlich-rechtlich bezeichnet das Bundesgericht demnach die Ordnung von Rechtsverhältnissen, in denen notwendig der Staat oder ein anderer öffentlichrechtlicher Träger als Subjekt steht, sodass die betreffenden Rechtsverhältnisse rechtlich nur denkbar sind, wenn auf der einen Seite eine überwiegende Willensmacht, wie sie der Staat verkörpert, beteiligt ist.

Der Zweck dieser vorliegenden Abhandlung würde überschritten, wenn wir sämtliche Abgrenzungen zwischen öffentlichem und privatem Recht in ausführlicher Weise beleuchten würden. Doch ist es unumgänglich, auf einige Probleme diesbezüglicher Art aufmerksam zu machen, wo die Anwendung des Befehlsverfahrens streitig ist. Wir folgen dabei sowohl der unter dem neuen Gesetze von 1939 entstandenen Praxis, als auch derjenigen der vorher geltenden ZPO von 1900, sofern sie noch heute in Betracht gezogen werden kann.

A. Einmal dürfen Amtsbefehle nicht gegenüber Amtsstellen oder Verwaltungsbehörden zur Anwendung kommen, wenn sie öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben. Ein Amtsbefehl kann nur an eine Privatperson gerichtet werden[3]. Das andere würde dem Grund-

---

[1] VR I 1806.

[2] Nawiasky S. 248 und dort zit.
Koellreutter S. 267.
Oswald, Vorlesung über Rechtsenzyklopädie.
BGE 41 II 162; 42 II 613; 43 II 721; 47 II 74; 49 II 416; 50 II 298; 58 II 473; 44 II 312; 50 II 297; 55 II 111.
Gleiche Ansicht auch das Reichsgericht in 103/56; 106/407; 83/306; 108/394; 113/334; 121/10; 28/288.

[3] Darunter fallen natürlich auch Gemeinden und Aemter oder andere iur. Personen, sobald sie privatrechtlich auftreten. BlZüR 31/27.

satz der Gewaltentrennung widersprechen und der Befehl wäre ein unberechtigter richterlicher Eingriff in die Befugnisse der Administrativbehörde. Wenn daher eine Behörde oder eine Amtsstelle eine Verfügung gegenüber einer Privatperson trifft und diese sich in ihren Rechten verletzt fühlt, so hat sie den Beschwerdeweg einzuschlagen, um auf diesem ihr Begehren entscheiden zu lassen. So geht es nicht an, dass einem Konkursamte [4], einem Waisenamte [5], einem Betreibungsamte [6] oder einer Gemeinde [7] usw. Befehle erteilt werden, irgend etwas zu tun oder zu unterlassen. Dass aber dennoch Befehle an ein Handelsregister- oder Grundbuchamt möglich sind, werden wir später sehen [8].

B. Weiterhin dürfen aber auch Amtsstellen nicht den Weg des Befehlsverfahrens wählen, um ihren Verfügungen Nachachtung zu verschaffen [9]. Denn zur Erreichung dieses Zieles haben sie die öffentlichrechtlichen Vorschriften, die sie ermächtigen, in einem ganz bestimmten Verfahren ihre Anordnungen zu treffen. Auf alle

---

[4] Vgl. VR III 646, wo ein Konkursamt Waren, die der Konkursit kurz vor seiner Zahlungsunfähigkeit einem Dritten veräussert hatte, zur Versteigerung bringen wollte. Der Käufer verlangt Besitzesschuz mit dem Inhalt, dem Konkursamt diese Versteigerung zu verbieten. Es musste abgewiesen werden, weil das Amt kraft seiner Amtspflicht nach SchKG handelte.

[5] BlZüR 12/170, wo ein Petent einem Waisenamte als Testamentsvollstrecker einen Befehl geben wollte, in amtliche Verwahrung genommene Nachlassaktien sofort herauszugeben.
Weitere Beispiele vgl. RBZOG 1899/153; 1907/313.
BlZüR 4/34; 12/170.

[6] Vgl. einen neuen EAppR vom 22. Jan. 1942.

[7] VR II 986. Wenn eine Gemeinde vor dem Zustandekommen einer Expropriation einen Grundeigentümer in seinem Besitze stört, so soll nach diesem Entscheide ein Amtsbefehl gestattet sein. Wir können uns dieser Ansicht nicht anschliessen und finden auch hier die Beschwerde am Platze.

[8] Vgl. die Ausführungen auf S. 74 dieser Arbeit.

[9] VR I 1824: „Es ist wiederholt vorgekommen, dass Bezirksämter dem Begehren von Gemeinderäten um Erlass eines Amtsbefehls zum Schutze gegen die Uebertretung bau-, feuer- oder gesundheitspolizeilicher Vorschriften entsprachen und der Regierungsrat genötigt war, diese Verfügungen aufzuheben. Ein bezirksamtlicher Amtsbefehl kann nämlich nur in privatrechtlichen Angelegenheiten gemäss den Bestimmungen des ZGB erlassen werden, nicht aber zum Zwecke des Vollzugs lokalpolizeilicher Vorschriften irgend welcher Art, deren Uebertretung mit polizeilicher Büssung bedroht ist und durch weitere polizeiliche und strafrechtliche Mittel verhindert werden kann.

Fälle steht ihnen nicht das für Privatrechtsachen geltende Befehlsverfahren zur Verfügung [10].

C. Ein Befehl gegenüber einer Privatperson muss auch dann verweigert werden, wenn die materiellen Vorschriften, die zur Anwendung kommen sollen, dem öffentlichen Recht angehören. Hier muss der Kläger seinen Anspruch nach den Regeln des öffentlichen Rechts geltend machen. Sehr oft wird es gerade in diesen Fällen streitig sein, ob der zur Anwendung kommende Rechtssatz dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört [11].

In diesem Abschnitte scheiden aber diejenigen Tatbestände aus, in welchen eine Partei unberechtigt in die Privatrechte einer andern eingreift, wo aber die endgültige Regelung nur öffentlichrechtlich gelöst werden kann [12]. Sind die Voraussetzungen nach Art. 389 ZPO gegeben, so kann ein Amtsbefehl erlassen werden. Endgültig wird dann über diesen Anspruch nicht der Zivilrichter, sondern die öffentlichrechtliche Instanz entscheiden. Prohibitiv kann aber durch den Gerichtspräsidenten eingeschritten werden.

Wieder etwas anderes ist es, wenn das öffentliche Recht irgend etwas gestattet und dadurch eventuelle Privatrechte Dritter ver-

---

[10] Beispiel: Ein Betreibungsamt hatte sich einen Befehl erwirkt gegen einen Pächter, die Liegenschaft zu verlassen, den der Eigentümer ohne Befragung eingestellt hatte. Die Rekursbehörde bemerkte mit Recht, dass Art. 102 SchKG dem Betreibungsbeamten die Befugnis gibt, für die Verwaltung der gepfändeten Liegenschaft zu sorgen. Zur Ausübung der Verwaltung gehört auch das Recht, einen ohne Bewilligung des Beamten eingestellten Pächter fortzuweisen. Hiezu konnte der Betreibungsbeamte ohne weiteres die Polizeigewalt in Anspruch nehmen und zwar kraft öffentlichen Rechtes (VR III 644).

[11] Wenn z. B. eine Person wegen Kiesbezug aus öffentlichen Gewässern Anstände mit einem anderen Berechtigten bekommt, so kann er nicht durch Amtsbefehl seinem Gegner den Kiesbezug untersagen lassen (VR II 983). Die öffentlichen Gewässer unterstehen im Kanton St. Gallen der staatlichen Hoheit. Die Vorschriften sind demnach öffentliches Recht, welche die Instanz und das Verfahren bei solchen Anständen regeln. (Verordnung über den Kiesbezug aus öffentlichen Gewässern vom 1. Mai 1907. Amtl. Samml. NF IX S. 345).

[12] Ein Brunnenbesitzer wurde durch die Art und Weise der Bewirtschaftung des Nachbargrundstücks (Düngung mit Jauche) in seinem Besitze dadurch gestört, dass eine Verunreinigung seines Brunnenwassers verursacht wurde. Hier ist klar, dass durch eigenmächtigen Eingriff der Petent in seinem Besitze nach Art. 928 ZGB gestört worden ist. Also liegen die Voraussetzungen nach Art. 389 Ziff. 3 ZPO vor. Die endgültige Regelung wird aber die Gesundheitspolizei treffen (VR I 1812).

letzt werden [13]. Auch hier ist der Erlass eines Amtsbefehls möglich, aber die endgültige Regelung bleibt im Gegensatz zu den obigen Fällen dem Privatrecht überlassen. Denn durch eine öffentlichrechtliche Bewilligung kann ein vom Privatrechte geschützter Anspruch nicht aufgehoben werden.

D. Die Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht weist auch in der Gesetzgebung und Praxis zum *Bauwesen* Unklarheiten auf [14]. Hier müssen wir längere Zeit verweilen, weil einmal die Materie sehr wichtig und in einer Menge von Gesetzen [15] zum Teil öffentlichrechtlichen, zum Teil privatrechtlichen Charakters ihre Ordnung gefunden hat. Trotzdem beschränken wir uns nur auf den wichtigsten Tatbestand, auf die Angriffnahme oder Umänderung einer Baute. Denn hier spielt das Befehlsverfahren unter Umständen eine gewisse Rolle.

Die Ausübung des Grundeigentums hat der Gesetzgeber in mannigfacher Art beschränkt. Der Eigentümer muss Rücksicht auf seine Mitmenschen, auf die Allgemeinheit nehmen. Er kann nur im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften sein Eigentumsrecht ausüben. Diese Beschränkungen sind teils privatrechtlicher, teils öffentlichrechtlicher Natur, je nachdem es sich darum handelt, ein gedeihliches Zusammenleben der Rechtsgenossen als Nachbarn zu ermöglichen, oder die Interessen des Staates zu schützen und der schrankenlosen Willensbetätigung des Eigentümers gewisse Grenzen zu setzen. Die Unterscheidung dieser Normen ist sehr wesentlich, weil die öffentlichrechtlichen zwingender Natur sind und durch die Parteien nicht abgeändert werden können, während die privatrechtlichen der Privatautonomie unterstehen. Weiterhin wird durch diese Unterscheidung das Verfahren bestimmt, das bei Streitigkeiten eingeschlagen werden muss. Wir werden zuerst die mass-

---

[13] Wenn durch das öffentliche Recht z. B. die Nachtarbeit gemäss Art. 53 des Bundesgesetzes betr. die Arbeitszeit in den Fabriken (EidgGesSamml NF XXXV S. 782) gestattet und daraus eine Privatperson durch an sich vermeidbare Geräusche erheblich gestört wird, so kann sie gegen den Fabrikherrn einen Befehl erwirken auf Unterlassung der Geräusche oder auf Massnahmen, die geeignet sind, die Störung aufzuheben. Der vom Privatrecht geschützte Anspruch auf Unterlassung jeder Störung von Besitz und Eigentum bleibt bestehen. (Vgl. einen ähnlichen Fall im AmtsbRegR 1917 S. 299).

[14] Vgl. die vorzügliche, leider in mancher Hinsicht veraltete Darstellung des Baupolizeirechts von Elser, St. Gallisches Baupolizeirecht 1915.

[15] ZGB; EG zum ZGB (Amtl. Samml. NF XVII S. 429), ferner die verschiedenen bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Verordnungen, das Strassen- und das Feuerschutzgesetz, um nur die wichtigsten zu nennen.

gebenden Bestimmungen darstellen, durch welche das Eigentum eingeschränkt wird, dann suchen wir die dispositiven und zwingenden Normen gegeneinander abzugrenzen und zuletzt wenden wir uns dem Verfahren zu.

Privatrechtliche Einschränkungen des Eigentums finden wir im ZGB, Art. 684 ff., und im EG zum ZGB, Art. 96 ff. Oeffentlichrechtliche Einschränkungen gibt uns das Baupolizeirecht, dann die vielen Verwaltungsgesetze, wie Strassen-, Feuerschutz-, Wasser-, Forst- und Flurgesetze[16]. Unsere Hauptaufgabe wird es nun sein, das Baupolizeirecht mit dem EG zum ZGB in Verbindung zu bringen und nachher mit der Zivilprozessordnung. Beide Rechte regeln nämlich die gleiche Materie. Sie beide enthalten baupolizeiliche Vorschriften, so über Gebäudeabstände[17], Neuerstellung von Gebäuden[18], Brandmauern[19] usw. In bezug auf ihre Geltung können wir uns auf Art. 117 EG zum ZGB stützen, welches aussagt, dass die öffentlichrechtlichen Beschränkungen durch die Gesetzgebung betr. die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen vorbehalten bleiben. Die Gemeinden sind befugt durch Baureglemente und Ueberbauungspläne öffentlichrechtliche Bauvorschriften aufzustellen. Aus diesem Artikel lässt sich folgern, dass die öffentlichrechtlichen Baupolizeivorschriften diejenigen des EG zum ZGB aufheben. Auf ihren subsidiären Charakter kann daraus ohne Schwierigkeiten geschlossen werden. Die Bestimmungen des EG gelten somit nur, wenn keine öffentlichrechtlichen vorhanden sind[20]. Von dieser Befugnis haben nun nicht alle Gemeinden Gebrauch gemacht, sodass insoweit das EG wirksam geblieben ist.

Bei unserer Darstellung beschränke ich mich auf das Verfahren

---

[16] Bauordnung der Stadt St. Gallen vom 27. Febr. 1923. Ferner die verschiedenen Baureglemente der Gemeinden, das kant. Gesetz über das Strassenwesen vom 17. März 1930 (Amtl. Samml. NF XV S. 1), dann das kant. Feuerpolizeigesetz vom 30. Dez. 1935 (Amtl. Samml. NF XV S. 499). Das Gesetz über die Benützung von Gewässern vom 1. Jan. 1894, das Forstgesetz vom 23. April 1906 (Amtl. Samml. NF IX S. 259).

[17] Bauord. Art. 6 ff.;
EG zum ZGB Art. 99.

[18] Bauord. Art. 1 ff. und Art. 78 ff.;
EG zum ZGB Art. 100.

[19] Bauord. Art. 38;
EG zum ZGB Art. 101.

[20] Art. 117 EG zum ZGB;
Elser S. 1—32; in bezug auf die Gebäudeabstände S. 124 ff. Auch die Praxis lässt auf die gleiche Auffassung schliessen, wenn auch der zit. Entscheid nur einen bestimmten Fall im Auge hat (Grenzabstände). EKG 1917 No. 6; VP III 223.

nach dem Baureglement der Stadt St. Gallen. Trotz der Vielgestaltigkeit der Ordnungen in allen Gemeinden ist das Verfahren fast überall ähnlich, und aus den nachfolgenden Ausführungen lassen sich gut Rückschlüsse auf die verschiedenen baupolizeilichen Vorschriften der einzelnen Gemeinden ziehen.

Wichtig ist zunächst, dass wir uns über den Begriff einer Baute klar sind, weil das Verfahren davon abhängt und diese Tatsache unter Umständen für das Befehlsverfahren von Bedeutung werden kann. Das Gesetz gibt uns keine Definition[21]. Wir müssen demnach die Praxis konsultieren[22], wo als Baute jede bauliche Anlage mit ihren Bestandteilen und ihrer Zugehör angesehen wird, die auf längere Zeit bestehen soll und den Zweck hat, Menschen oder Sachen gegen Witterungsverhältnisse zu schützen. Jede bauliche Vorkehrung, die sich unter diesen Begriff subsumieren lässt, bedarf einer baupolizeilichen Bewilligung[23]. Alle andern baulichen Anlagen, wie Erdterrassen, Gartenhäge[24], Einfriedungen, Storen[25] oder kleine Baulichkeiten[26], die rein provisorischen Charakter haben, und Budenwagen, die in ihrer Gesamtheit zur Fortbewegung bestimmt sind, können ohne solche Bewilligung erbaut werden. Wird dann durch eine solche Massnahme eine Person in ihrem Besitze gestört[27], so kann sie im Befehlsverfahren einen Amtsbefehl auf Fortschaffung der Baulichkeit bewirken[28]. Ist der Petent nicht sicher, ob er in seinen Rechten durch die Nichteinhaltung einer öffentlichrechtlichen oder einer privatrechtlichen Vorschrift verletzt wurde, d. h. für obige Fälle, ob die Baulichkeit eine „Baute" ist, die der baupolizeilichen Bewilligung untersteht oder nicht, so wendet er sich am besten zuerst an die baupolizeiliche Behörde, die dann von Amtes wegen einschreitet[29], wenn das fragliche Objekt von ihrer Bewilligung abhängig ist. Im andern Fall muss er riskieren, dass ihn der summarische

---

[21] Weder die Bauord. noch das EG zum ZGB.

[22] VP II 81; 523; 601.

[23] Was weiter noch einer Baubewilligung untersteht, sagt Art. 78 und 79 der Bauord.

[24] Wenn sie nicht öffentlichen Strassen, Wegen und Plätzen entlang gelegt werden. Art. 78 der Bauord.

[25] Vgl. den EKG 1941 No. 20; wo ein Konditor eine grosse Store machen liess, die einer baupolizeilichen Bewilligung nicht unterstand. Ein Dritter wollte sich dieses nicht gefallen lassen, obwohl er in seinem Besitze nicht gestört wurde.

[26] Elser S. 62 ff.

[27] Hier handelt es sich um Normalfälle. Weitere Ausführungen siehe auf S. 46 dieser Arbeit .

[28] Art. 92 der Bauord.

[29] Art. 80 der Bauord.

Richter im Befehlsverfahren abweist, weil er nicht kompetent ist über die Verletzung von öffentlichrechtlichen baupolizeilichen Vorschriften zu entscheiden.

Wenn nun ein Bauherr eine Baute erstellen will, so kann er diese Baute nur ausführen, wenn er die öffentlichrechtlichen baupolizeilichen Vorschriften beobachtet und Privatrechte Dritter nicht verletzt. Er muss also gewärtigen, dass ihm die Gemeinde in einem Administrativ-Verfahren und der Private in einem Zivilprozess-Verfahren Widerstand leistet. Wir haben hier zwei verschiedene Rechtsgänge, die beobachtet werden müssen. Bevor nun der Bauherr seine Baute beginnt, muss er laut Gesetz beim Baupolizeibüro ein Baugesuch stellen und die nötigen Unterlagen beifügen [30]. Des weitern müssen vor Einreichung des Baugesuches auf dem Bauplatz Visiere aufgestellt werden, die 14 Tage von der Bauanzeige an stehen gelassen werden müssen, damit die Behörde und die interessierten Privaten sich ein besseres Bild vom Standort und von der Gestalt der projektierten Bauten machen können [31].

Nach Eingang des Baugesuches macht die Baupolizei eine Bauanzeige an sämtliche Anstösser, wenn sich die Unzulässigkeit der beabsichtigten Baute nicht ohne weiteres ergibt [32]. In der Bauanzeige setzt sie ihnen eine Frist von 14 Tagen, innert welcher die Interessenten in motivierter Eingabe Abweisung des Baugesuches oder Aenderung der Bauvorlagen beantragen können [33]. Das geschieht durch öffentlichrechtliche Einsprachen. Mit diesen müssen aber auch privatrechtliche erhoben werden [32]. Die in solcher Form erhobenen Einsprachen gelten dann als Amtsanzeigen im Sinne von Art. 100,4 EG zum ZGB. Oeffentlichrechtlich sind sie dann, wenn sie sich ausschliesslich gegen Verletzungen öffentlichrechtlicher Vorschriften richten. Privatrechtlich sind sie, wenn sie sich auf privatrechtliche Titel stützen. Beide Institute, die öffentlichrechtliche Baueinsprache und die privatrechtliche, die beide parallel nebeneinander laufen, müssen nun durch verschiedene Verfahren beseitigt werden.

Der nächste Schritt ist der sog. Baubescheid, der inhaltlich auf eine Baubewilligung oder Bauverweigerung geht. Ferner werden allfällige öffentlichrechtliche Einsprachen erledigt. Sie werden entweder im gutheissenden Sinne genehmigt oder abgewiesen. Die privatrechtliche Einsprache lässt die Baupolizei unberührt, weil sie als Administrativbehörde nicht über Privatrechte entscheiden

---

[30] Ueber Gegenstand dieses Gesuches Art. 78 der Bauord. Ueber die notwendigen Unterlagen Art. 80 und 81 der Bauord.

[31] Art. 82 der Bauord.

[32] Art. 83 der Bauord.

[33] VR II 969.
EKG 1917 No. 6.

kann. Ihre Tätigkeit in dieser Angelegenheit besteht einzig darin, dass sie dem Bauherr davon Mitteilung macht, damit er sich mit dem privaten Einsprecher gütlich oder rechtlich auseinandersetzen kann[34].

Rechtlich bedeutet nun eine Baubewilligung nichts anderes, als die Erklärung der baupolizeilichen Behörde, dass dem durch die Bauvorlage veranschaulichten Bauvorhaben keine Bestimmungen öffentlichen Rechts entgegenstehen[35]. Diese Bewilligung gilt aber nur unter dem Vorbehalt allfälliger privatrechtlicher Einsprachen[36]. Das Baureglement sagt allerdings nichts Derartiges. Doch hier zeigt sich der subsidiäre Charakter des EG, das in Art. 100,4 bestimmt, dass „mit der Baute nicht begonnen werden darf, ehe der Einwand gütlich oder rechtlich gehoben ist, wenn die Einsprache durch Amtsanzeige erfolgt worden ist". Der Bauherr muss sich demnach mit dem Einsprecher einigen oder wenn er keine Einigung erzielt, den Prozessweg betreten und auf Beseitigung der Baueinsprache klagen[37]. Erst dann steht ihm der Weg offen, mit seiner Baute zu beginnen. Dass diese Beseitigungsklage der Baueinsprache nicht auf dem Wege des Befehlsverfahrens entschieden werden kann, scheint klar zu sein. Diese Klage ist ja eine reine Feststellungsklage. Es wird festgestellt, ob die Einsprache gerechtfertigt ist oder nicht, um die Angriffnahme einer Baute verbieten zu können. Feststellungsklagen lassen sich im Befehlsverfahren nicht entscheiden[38], weil dieses Institut ganz andern Zwecken dient, nämlich der schnellen Rechtsverwirklichung oder der Sicherung der Rechtsverfolgung. Auch haben wir meistens verwickelte Rechtsverhältnisse, in denen nur der ordentliche Richter Ordnung schaffen kann. Ferner wäre eine Formulierung des Befehls an den Einsprecher undenkbar, weil ein Befehl ein Einspracherecht nicht aus der Welt schaffen kann.

Die ganze Lösung ist nicht gerade erfreulich[39]. Durch diese Regelung ist einer schikanösen und unmotivierten Einsprache Tor und Türe geöffnet und ein Bauherr muss gewärtigen, dass er vor seinem Baubeginn einen Prozess wegen einer haltlosen Einsprache durchführen muss. Dieses Verfahren erfüllt nicht das Postulat einer billigen Interessenabwägung, weil die Interessen des Bauherrn zu wenig gewahrt und diejenigen der Einspracheberechtigten zu stark begünstigt worden sind.

---

[34] VP III 136.
[35] Elser S. 69.
[36] VP II 612.
[37] VP II 612.
[38] Vgl. weitere Ausführungen auf S. 70 dieser Arbeit.
[39] Vgl. auch die Ansichten in VR I 1833.

Weit bessere Lösungen haben z. B. die Kantone Zürich[40], Thurgau[41] und Schaffhausen[42], deren ZPO eigentliche Bauinhibitionsverfahren kennen. Ein solches wird in unserer ZPO vermisst. In diesen Kantonen muss ein Einsprecher seinen Einspruch im Inhibitionsverfahren begründen[43]. In der Folge kann er sich dann ein vorläufiges Bauverbot erringen, das aber wieder aufgehoben wird, wenn er innert einer bestimmten Frist keine Klage erhebt. Die Parteirollen sind hier im Vergleich zur st. gallischen ZPO gerade umgekehrt.

Welcher Rechtsbehelf steht aber einem Interessenten zu, wenn ein Bauherr trotz richtig erhobener privatrechtlicher Baueinsprache zu bauen beginnt? Hier kommt nun das Befehlsverfahren in Frage. Der in seinem Rechte Verletzte kann sich einen Befehl auf Unterlassung weiterer Bauarbeiten erwirken und den Bauherrn wie im obigen Falle zur Klage auf Beseitigung der Baueinsprache zwingen. Interessant und streitig ist hier, was der Richter im summarischen Verfahren zu prüfen hat und aus welchem Grunde er das Bauverbot erlassen muss. U. E. beschränkt sich die Prüfungspflicht des Richters auf die formel richtige Erhebung der Baueinsprache bei der Baupolizei[44]. Der Einsprecher muss also

---

[40] Gesetz betr. den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. April 1913 §§ 299—304.
Baur S. 146 ff.

[41] Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 29. April 1928 §§ 205—208.

[42] Bürgerliche Prozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 30. Okt. 1869 §§ 424—431.

[43] D. h. nach ZüZPO § 303 muss er die rechtliche Möglichkeit einer Inhibition dartun. Die tatsächliche Richtigkeit der Einsprachegründe prüft der summarische Richter nicht.
Vgl. auch Sträuli S. 435 Anmerkung zu § 303.
Baur S. 177.
Nach der ThurgZPO § 206 erstreckt sich die Prüfungspflicht nur in bezug auf die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung bei mutmasslich mutwilligen Einsprachen.
SchaffhZPO § 428 Abweisung bei „offenbarem Ungenügen der Gründe für ein Bauverbot".

[44] Vgl. die Praxis, die nicht einheitlich und klar diese Grundsätze erkennen lässt.
VR I 1833
II 969
III 648
VP II 612
III 136, 223.
Es fällt auf, dass in diesen Entscheiden immer wieder Anweisungen

nur beweisen, dass er zur richtigen Zeit und in der richtigen Form Einsprache erhoben hat. Er muss demnach während der Planauflage seine Einsprache durch Amtsanzeige geltend gemacht haben (Art. 100,4 EG zum ZGB). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist der Richter verpflichtet, das Bauverbot zu erlassen. Mit andern Worten ausgedrückt, der Richter erteilt das Bauverbot an den Bauherrn nicht, weil der Einsprecher in seinem Besitz durch den Baubeginn gestört wird und nicht weil z. B. eine Grunddienstbarkeit auf dem Baugrundstück lastet, sondern wegen der richtigen Erhebung der Baueinsprache als solcher. In diesem Sinne liegt dann nach Art. 389, Ziff. 1 klares Recht vor, das in der formell richtigen Erhebung der Baueinsprache durch Amtsanzeige nach der gemeinderätlichen Bauanzeige besteht. Diese Lösung kann ebenfalls nicht befriedigen, weil hier der Richter unter Umständen schikanöse Baueinsprachen schützen und das Bauverbot aussprechen muss. Eine andere Lösung lässt sich aber nicht gut ausdenken unter den gegenwärtigen Rechtsvorschriften. Denn wenn schon Art. 100,4 EG zum ZGB einem Interessenten das Recht gibt, durch blosse privatrechtliche Einsprache den Baubeginn zu verhindern und dieser nur durch die Beseitigungsklage des Bauherrn weggeschafft werden kann, dann soll der Einsprecher nicht durch die Eigenmacht des Bauherrn in seinem Rechte geschmälert werden, indem der Richter prüfen würde, ob die materiellen Voraussetzungen zu einer Baueinsprache vorhanden sind. Bei unklaren Rechtsverhältnissen müsste der Richter auf jeden Fall abweisen. Die Folge davon wäre, dass weiter gebaut werden dürfte und der Einsprecher in die Klägerrolle versetzt wäre. Eine derartige Praxis würde direkt eine Aufmunterung an die Bauherren bedeuten, trotz privatrechtlichen Einsprachen mit dem Bauen zu beginnen, weil sie rechtlich in die weit bessere Stellung des Beklagten kommen würden. Etwas Derartiges kann Art. 100,4 EG nicht zu Grunde liegen.

Sollte der Einsprecher seinen Anspruch unklar formulieren und

---

enthalten sind über das richtige Vorgehen bei Bauabsichten und über die Erledigung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Einsprachen. Das kommt vor allem davon, dass diese Fälle ziemlich selten und die Bestimmungen besonders auf dem Lande nicht gerade klar sind.

Für die Bestätigung unserer Ansicht BesSchProt 1921—24 No. 91. Die neueste Rekurspraxis hat sich bis jetzt erst mit zwei solchen Fällen abgeben müssen. Im einen Falle war ein Inhibitionsverfahren gar nicht nötig. (EKG 1941 No. 20).

Im andern Fall wurde bei einer eigenmächtigen Inangriffnahme eines Schopfvordaches der Befehl auf Höhermachung des Vordaches gegeben, wobei der AppR fälschlicherweise auf Grund der materiellen Grundlagen entschieden hat. (EAppR vom 24. Sept. 1941).

sich etwa auf Art. 389 Ziff. 3, stützen und dartun, dass er durch den Bau in seinem Besitze gestört wird oder dass nach Ziff. 1 ein Wegrecht zu seinen Gunsten vorhanden ist, dann soll es Sache des Richters sein, ihn zu befragen, ob er formrichtig den Anspruch erhoben hat oder nicht und ihm auf Grund der richtigen Erhebung der Einsprache seinen Befehl geben [45]. Hat ein Bauherr ohne jegliche Bewilligung der Baupolizei zu bauen begonnen, was heute kaum mehr vorkommen wird, so kann ein in seinen Privatrechten Verletzter ohne weiteres im Befehlsverfahren einen Amtsbefehl auf ein Bauverbot erwirken. Doch ist dieser Weg nicht zu empfehlen; denn erstens müsste der Kläger sein Gesuch materiell begründen und zweitens lässt sich das gleiche Resultat durch blosse Anzeige bei der Baupolizei erwirken. Sie kann den Bauherrn von Amts wegen am Weiterbau hindern, weil er durch ein solches eigenmächtiges Vorgehen auch öffentlichrechtliche Vorschriften verletzt [46] (Unterlassung des Baugesuchs usw.).

Es bleibt nur noch die Frage offen, welche Rechtsbehelfe einem Interessenten bleiben, wenn er im Baubewilligungsverfahren seine privatrechtliche Einsprache versäumt hat und nachträglich nach Baubeginn sich noch ein Bauverbot erwirken will. Die Praxis [47] lehnt einen solchen Rechtsschutz ab und dies auch mit Recht; denn wenn das EG zum ZGB einem Interessenten ein so starkes Recht gibt, durch blosse Einsprache einen Bau verhindern zu können und dieser amtlich aufgefordert wurde, seine Rechte geltend zu machen, so ist dieses Einspracherecht als verwirkt anzusehen. Der summarische Richter kann einen Verzicht auf die Geltendmachung seiner Rechte annehmen.

Etwas anderes ist es wiederum, wenn ein Interessent seine Baueinsprache trotz Aufforderung der Baupolizei formell nicht richtig erhebt, wenn er z. B. keine Amtsanzeige macht, sondern beim Bauherrn direkt Einsprache erhebt und der Bauherr zu bauen beginnt. In diesem Falle kann er sich u. E. ebenfalls vom Richter einen Befehl auf Unterlassung weiterer Bauarbeiten geben lassen. Er muss aber seine Einsprache materiell begründen. Er muss dartun, dass er z. B. in seinem Besitze gestört ist, oder dass eine Dienstbarkeit auf dem Baugrundstück lastet. Gehen diese Rechte nicht klar hervor, so muss ihn der Richter abweisen. Bei einem nachfolgenden ordentlichen Prozesse fällt der Einsprecher notwendigerweise in die Klägerrolle, wenn er mit seinem Anspruch weiter durchdringen will. Diese Folge ist ihm unter obigen Umständen zuzumuten, weil

---

[45] Vgl. nochmals den nach unserer Auffassung nicht richtig begründeten EAppR vom 24. Sept. 1941.

[46] Art. 92 der Bauord.

[47] VR III 618.

er eben trotz Aufforderung und trotz klarer Gesetzesbestimmung das richtige Vorgehen unterlassen hat.

E. Eine wichtige Aufgabe der Rechtssprechung auf diesem Gebiete wird auch die Vermeidung unnützer Befehle sein[48]. Unnütz ist ein Befehl, wenn er nicht durchführbar bzw. nicht erzwingbar ist. Die Nichterzwingbarkeit kann verschiedene Ursachen haben. Einmal kann ein Befehl nicht erzwungen werden, weil das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen der Ausführung des Befehls Einhalt gebietet[49]. Dazu zählen alle Verpflichtungen zu einem persönlichen Tun oder Unterlassen, die in der Leistungsfähigkeit und im Rechte der Persönlichkeit des Schuldners ihre Begrenzung finden und sich nicht rücksichtslos erzwingen lassen, im Gegensatz zu Geld- und Sachleistungen, die nur das schuldnerische Vermögen berühren und bis zu dessen restlosen Inanspruchnahme durchgesetzt werden können.

Unnütz ist ein Befehl ebenfalls, wenn die beklagte Partei einen solchen nicht ausführen kann, weil die Befolgung nicht in ihrem Machtbereiche steht. Es liegt eine objektive Unmöglichkeit vor[50]. Gerade heute in unserer Kriegszeit sind diese Tatbestände zahlreich im internationalen Warenhandel.

Ein letzter Grund ist die völlige Nutzlosigkeit eines Befehls, weil die gleichen Wirkungen ohnehin eintreten[51].

Allgemein lässt sich sagen, dass Befehle nur dann einen Wert haben, wenn die Vornahme der Handlung vom Willen des Schuldners abhängig und eine Erzwingung möglich ist, ohne dessen Persönlichkeitsrechte zu verletzen[52].

---

[48] Vgl. dies schon im VR I 7193.

[49] Beispiel: Befehl auf Erzwingung eines Wechselakzeptes BlZüR 15/134.

[50] Beispiel 1: Erzwingung einer Herausgabe von Waren oder anderer Gegenstände, ohne dass die verpflichteten Personen im Besitz der betreffenden Objekte waren oder überhaupt nicht darüber verfügen konnten.
RBZOG 1909/162; BlZüR 22/24; 29/107; 32/150.
Beispiel 2: Befehl auf Herausgabe anvertrauter Sachen, die bereits an gutgläubige Dritte veräussert worden waren.
RBZOG 1900/238.

[51] Beispiel: Befehl mit dem Inhalte, das Zuwiderhandeln gegen ein Konkurrenzverbot zu unterlassen mit der Androhung des Verfalls der Konventionalstrafe. Diese verfällt natürlich ohnehin, wenn dem Konkurrenzverbot nicht nachgelebt wird.
RBZOG 1907/203.

[52] Vgl. die Ausführungen bei Baur S. 58 f. und Sträuli Kom. Anmerk. zu § 292.

F. Ein weiterer Grundsatz für die Anwendbarkeit des Befehlsverfahrens ist seine Unzulässigkeit bei Geldleistungen auf Grund einer versprochenen Zahlung oder Sicherheitsleistung. Für andere Arten von Sicherheitsleistungen ist das Befehlsverfahren ohne weiteres anwendbar [53].

Eine Partei kann sich keinen Befehl auf Ueberreichung einer Geldsumme geben lassen. Das folgt einmal aus dem Zweck unseres Verfahrens, der ja in der Sicherung oder schnellen Rechtsverwirklichung von solchen Leistungen besteht, die nicht oder nur sehr schwer durch Geld ersetzt werden können. Weiterhin gilt für die Realisierung von Geldforderungen Bundesrecht, nämlich das SchKG.

Aber auch streitige Schadenersatzansprüche [54], die z. B. aus einer Besitzesstörung entstanden sind, können nicht im Befehlsverfahren erledigt werden, obwohl dieses Verfahren gerade für die rasche Aufhebung der oben erwähnten Störung bestimmt ist. Dass diese Ansprüche auf Schadenersatz vor den ordentlichen Richter gehören, folgt schon daraus, dass nach Art. 79 und 80 SchKG ein Rechtsvorschlag nur durch ein rechtskräftiges und daher vollstreckbares gerichtliches Urteil [55] eines ordentlichen Richters beseitigt werden kann. Den Erkenntnissen des Befehlsverfahrens fehlt aber, wie wir weiter unten sehen werden, diese Urteilskraft [56]. Dennoch finden wir sogar in der neuesten Praxis einen für uns allerdings unverständlichen Entscheid [57] einer untern Instanz, die durch einen Amtsbefehl eine Partei für einen ungewissen und erst in Zukunft entstehenden Schaden verantwortlich machen wollte. Dies geht natürlich nicht; denn eine solche Befugnis steht nicht einmal dem ordentlichen Richter zu.

---

[53] Vgl. Jäger N 3 zu Art. 38 SchKG und ErgBd I N 3. Ferner weitere Ausführungen auf S. 65 ff. in dieser Arbeit.

[54] VR II 944, wo durch Expertise der Schaden, den auf fremden Boden weidendes Vieh verursacht hatte, festgestellt werden sollte.
VP I 491, wo einem Petenten im Anschluss an einen Amtsbefehl Schadenersatz zugesprochen wurde.

[55] Blumenstein S. 268.
Jäger N 2 und 3 zu Art. 8 SchKG.

[56] Vgl. die Ausführungen auf S. 115 ff .

[57] Eine Alpgenossenschaft war Eigentümerin einer Alp. Oberhalb derselben befand sich ein Wald. Aus diesem Walde sollten einige Bäume gefällt werden. Nun fürchtete die Genossenschaft, dass durch niedergehende Lawinen ihre Alp gefährdet werde und verlangte einen Amtsbefehl mit dem Inhalte einer Haftbarerklärung der Gemeinde als Eigentümerin des Waldes für allen Schaden, der durch das Fällen der Bäume entstehen könnte. Die erste Instanz entsprach dem Begehren, die zweite hat natürlich abgewiesen. (EKG 1941 No. 19).

Eine einzige Ausnahme macht die Praxis bei der Feststellung der Abnützungsgebühr und des Mietzinses bei der befohlenen Rückgabe eines unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstandes [58]. Ob dies zulässig sei, werden wir weiter unten sehen [59].

G. Auf dem Gebiete des Befehlsverfahrens zeigt sich weiterhin noch eine letzte Unklarheit. Darf der summarische Richter im Befehlsverfahren ein Verbot auf Unterlassung einer Handlung aussprechen, wenn diese bereits durch das Strafgesetzbuch untersagt ist? [60] Die Praxis im alten Besitzesschutzverfahren verneint dies [61]. Ueberall da, wo der Besitz durch andere Rechtsinstitutionen wie z. B. durch strafrechtliche oder polizeiliche Vorschriften geschützt wird, soll das Besitzesschutzverfahren nicht zur Anwendung kommen. „Es wäre unsinnig, das Nämliche, das bereits schon durch das Strafgesetz allgemein verboten ist, im Besitzesschutzverfahren noch speziell zu verbieten und neben der allgemein geltenden Strafandrohung des Strafgesetzes im Besitzesschutzverfahren noch eine spezielle Strafandrohung zu erlassen" [62]. Auf unser Befehlsverfahren angewendet, würde das bedeuten, dass ein Unterlassungsbefehl gegen den Dieb, den Verleumder, den Beschädiger von Eigentum nicht verlangt werden könnte, ebensowenig gegen den vorsätzlichen Verletzer von Urheberrechtsbestimmungen, von Rechten an Fabrik- und Handelsmarken oder von Rechten an ge-

---

[58] VP I 398.

[59] Weitere Ausführungen auf S. 59 dieser Arbeit.

[60] Entscheidend und massgebend war hier lange die Ansicht des deutschen Reichsgerichtes.
Vgl. die E in Zivilsachen: 77/217; 82/59; 88/129.

[61] VR II 933: „Das Besitzesschutzverfahren hat überall da nicht Platz zu greifen, wo zum Schutze des Besitzes einer Sache oder eines Rechts bereits andere Rechtsinstitutionen eingesetzt sind, wie z. B. strafrechtliche oder polizeiliche Vorschriften, die Bestimmungen über Arrestlegung, über Schuldbetreibung usw. Von diesen Erwägungen ausgehend, wurde in einem Rekursfalle der Bescheid erteilt, dass in jenen Fällen, in denen ein Gastwirt wirklich berechtigt ist, einem Gaste das Betreten seines Hauses zu untersagen, der Gastwirt zum Schutze dieses Rechtes nicht den Erlass eines Amtsbefehls anbegehren kann, sondern zutreffenden Falles den Weg der Strafklage zu beschreiten hat; denn das widerrechtliche Eindringen in sein Haus durch einen Dritten oder das widerrechtliche Verbleiben in demselben qualifiziert sich als Vergehen der Hausrechtsverletzung, welches gemäss Art. 104 des Strafgesetzes (St. Gallisches Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen vom 4. Januar 1886) mit Geldstrafe bis auf Fr. 500.— und mit Gefängnis bis auf drei Monate bedroht ist..."

[62] VR II 933.

werblichen Mustern und Modellen. Leider lassen sich in der neuesten Praxis keine solchen Entscheide finden. Mit diesem Problem ist sie offenbar noch nicht in Berührung gekommen.

U. E. lässt sich der Grundsatz der Praxis unter dem alten Besitzesschutzverfahren nur ganz beschränkt auf das heute geltende Befehlsverfahren übertragen. Wenn sich auf dem strafrechtlichen Wege das genau gleiche Resultat mit dem genau gleichen Erfolg erreichen lässt, dann soll, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, nur das Strafrecht zur Anwendung kommen und der summarische Richter die klagende Partei auf diesen Weg verweisen. Das wäre vielleicht der Fall bei einer typischen einmaligen Ehrverletzung, wobei keine Gefahr einer Wiederholung bestände. Doch diese Fälle werden ausserordentlich selten sein, was eben durch den grossen Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht bedingt ist[63]. Zweck der Strafe ist ja vor allem Sühne für begangenes Unrecht. Es muss also immer zuerst eine strafbare Handlung eingetreten sein. Darum gibt uns das Zivilrecht in vielen Fällen Unterlassungsansprüche und Unterlassungsklagen[64], um damit auch in Zukunft drohendes Unrecht verhindern zu können. Hauptziel ist der Schutz des Rechtsgutes. Den Weg dazu bildet nebst anderen Verfahren ganz speziell das Befehlsverfahren. Wenn eine Patentverletzung drohend bevorsteht oder eine Ehrbeleidigung oder eine Schädigung des Eigentums, so könnte nach obiger Auffassung der Befehlsrichter nichts anderes machen als abweisen. Die bedrohte Partei müsste sich zuerst das Unrecht gefallen lassen, um nachher zum Strafrichter zu gehen. Schon aus diesem Grunde ist es ohne weiteres statthaft, im Befehlsverfahren Unterlassungsverbote auszusprechen, auch wenn sie bereits im Strafgesetzbuch ausgedrückt sind[65]. Ein spezielles Verbot wirkt doch bedeutend stärker auf die beklagte Partei, als irgend eine strafrechtliche Androhung in einem Strafgesetzbuche oder in einem Spezialgesetze, von dessen Existenz sie vielleicht nicht einmal eine Ahnung hat. Ferner käme der Strafprozess in den meisten Fällen zu spät. Die einzige Möglichkeit eines raschen Rechtsschutzes bildet das Befehlsverfahren besonders in den Fällen, wo nur rasche Hilfe nie wieder gut zu machenden Schaden vermeiden kann. Wenn schon das Zivilrecht

---

[63] Vgl. die Ausführungen von Gmür, „Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe in Zivil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar?" ZSR 44 S. 587.

[64] ZGB: Art. 28, 29, 641, 679, 808, 928.
OR: Art. 48, 956,2 um nur die Wichtigsten zu nennen.

[65] Vgl. auch die Auffassungen in Karl Naef S. 111—115, Baur S. 61—65. Kommentar zum Personenrecht von Hafter u. Egger zu Art. 28. Meyer, „Vorsorgl. Massnahmen zum Schutz gegen unzulässigen Wettbewerb." SJZ Bd 30 S. 179. (2. Zuständigkeit)

solche Ansprüche und Klagen gibt, dann sollen sie auf jedem Wege realisiert werden können, sonst würde die obige Auffassung, um mit dem grossen deutschen Rechtsgelehrten Gierke zu sprechen [66], zu einer Verkümmerung des Zivilrechtsschutzes führen.

Haben wir in diesem Abschnitte die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Befehlsverfahrens beleuchtet, so gehen wir nun zu den speziellen Voraussetzungen in objektiver und subjektiver Hinsicht über. Objektive Voraussetzungen wollen wir alle diejenigen nennen, die von der Person des Klägers bzw. des Beklagten völlig losgelöst einen bestimmten Tatbestand erfordern, subjektive alle jene, die mit ihr in einem so engen Zusammenhange stehen, dass diese Person dadurch die Kläger- bzw. die Beklagtenqualität bekommt.

II. Objektive Voraussetzungen

Bei der Behandlung dieser Voraussetzungen folgen wir nicht der Reihenfolge des Gesetzes, sondern wir halten uns an die historische Entwicklung des ganzen Institutes. Das Verfahren unter der alten ZPO von 1900 war das Besitzesschutzverfahren, mit welchem eine Menge von Rechtsstreitigkeiten geschlichtet und entschieden wurden. Aus diesem Grund behandeln wir zuerst die Voraussetzungen für den Besitzesschutz (Art. 389 Ziff. 3 ZPO), um dann im nächsten Abschnitte die Voraussetzungen zu behandeln, nach denen klares Recht bei nicht streitigen, sofort feststellbaren Verhältnissen angewendet werden kann (Art. 389 Ziff. 1 ZPO).

A. Die Voraussetzungen des Besitzesschutzes

Bevor wir zu den einzelnen Voraussetzungen des Besitzesschutzes und dessen Realisierung durch das Befehlsverfahren kommen, müssen wir uns kurz mit den materiellen Grundlagen abgeben.

1. Die Regelung im ZGB

Das Zivilgesetzbuch gibt dem Besitz als bloss tatsächlichem Verhältnis einen weitgehenden rechtlichen Schutz und zwar gegen jede verbotene Eigenmacht, durch die eine Störung oder Entziehung hervorgerufen wird. Dieser Schutz besteht einmal in einer beschränkten Selbsthilfe nach Art. 926 ZGB, sodann aber durch die Besitzesklagen gemäss Art. 927—929 ZGB. Inhaltlich gehen sie entweder auf Wiedereinsetzung in den Besitz oder auf Beseitigung der Störung. Diesen Schutz gewährt das ZGB unabhängig von der Rechtsfrage jedem Besitzer, habe er selbständigen oder

[66] Gierke, Privatrecht. Band III S. 92 Anmerk. 92.

sogar unselbständigen Besitz. Diesen Streit aus dem Besitz als solchen nennt die Wissenschaft das Possessorium im Gegensatz zum Petitorium, dem Streite aus dem Besitze unter Berücksichtigung des dahinter stehenden Rechtes[67]. Das ZGB macht diese Unterscheidung nicht sehr genau, indem durch Art. 927,2 ZGB dem Kläger aus Besitzesentzug der reine Besitzesschutz versagt wird, wenn der Beklagte sein besseres Recht an der Sache nachweisen kann, auf Grund dessen er dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte[68]. Der Beklagte hat somit unter gewissen Voraussetzungen das Recht, den possessorischen Streit auf petitorischen Boden hinüberzuziehen und damit den Besitzesschutzanspruch des Klägers illusorisch zu machen.

Nach den gleichen Grundsätzen schützt das ZGB in Art. 919,2 auch den Rechtsbesitz an Grunddienstbarkeiten und Grundlasten; aber auch nur an diesen. An andern dauernden Rechten, wie Forderungsrechten[69], Firmen-, Marken-, Muster- und Patentrechten, die ihres absoluten Charakters wegen eine gewisse Aehnlichkeit mit der Sachherrschaft besitzen, ist kein Besitz und daher auch kein solcher Schutz möglich[70]. Die tatsächliche Ausübung des Rechtes an Grunddienstbarkeiten und Grundlasten ist dem Sachbesitz gleichgestellt. Ein Dienstbarkeitsberechtigter kann also gegen jeden Dritten den Schutz seines Rechtsbesitzes verlangen, wenn er in der Ausübung dieses Rechts gestört wird. Voraussetzung ist nur, dass er das Recht tatsächlich ausgeübt hat. Die praktische Folge davon ist, dass der am herrschenden Grundstück Berechtigte, der nicht Eigentümer ist (namentlich der Pächter und der Nutzniesser) gegen Störung der Grunddienstbarkeit oder Grundlast im eigenen Namen den possessorischen Schutz anrufen kann.

Das Befehlsverfahren bezweckt in Art. 389 Ziff. 3 die Realisierung dieses rein possessorischen Schutzes[71], des Sach- und des begrenzten Rechtsbesitzes. Weil dieser Besitzesschutz seiner ganzen Natur nach nur ein Provisorium bedeutet, indem der Zustand wieder hergestellt werden soll, der vor der Störung bzw. vor der Entziehung bestanden hat, unabhängig von der Rechtsfrage, und dieser

---

[67] Vgl. Homberger Anmerk. zu Art. 927 N 1—3.
Ostertag Anmerk. zu Art. 927 N 5—13.
Tuor S. 411 ff.

[68] BGE 40 II 565.

[69] VP I 397; 487, wo richtigerweise festgestellt wurde, dass an einem Bezugsrechte auf elektrische Energie kein Besitz möglich ist.

[70] Homberger N 19 zu Art. 919 S. 16.

[71] So auch Zürich und Thurgau im Gegensatz zu Bern, wo sowohl petitorische, als auch possessorische Ansprüche als „einstweilige Verfügungen" zur Entscheidung gelangen. Vgl. Graner S. 24 ff.

Schutz nur dann wirksam sein kann, wenn er sofort zur Anwendung kommt, so hat er im Befehlsverfahren seine Ordnung gefunden. In diesem können Massnahmen getroffen werden zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthilfe, gegen Besitzesstörung oder Besitzesentziehung.

Die alte ZPO von 1900 schützte den Besitz im sog. Besitzesschutzverfahren nach Art. 268 alt ZPO. Voraussetzung für den Schutz war die tatsächliche Innehabung der Gewalt über eine Sache und die Redlichkeit des Besitzes. Petitorium und Possessorium waren miteinander verbunden. Kompetent zum Erlass solcher Verfügungen war wie gesagt die Exekutive [72]. So entstand eine wichtige Rechtssprechung auf diesem Gebiete, die sich ausserhalb der Gerichte abwickelte. 1912 erfolgte die Einführung des ZGB mit den eben dargestellten Besitzesregeln. Die Folge war, dass man nicht mehr recht wusste, was überhaupt galt. Die verwickeltsten Eigentumsfragen kamen in diesem Verfahren zur Austragung [73]. So war es denn nicht erstaunlich, dass bald die zweifelhafte Parole aufgestellt wurde: Wenn alles nichts mehr hilft, dann wird das Glück noch im Besitzesschutzverfahren versucht. Je nachdem sich ein Bezirksammann darauf einliess, konnte diese Parole zum Erfolge führen [74].

2. Die unerlaubte Selbsthilfe

Nach Art. 389 Ziff. 3 kann das Befehlsverfahren zur Anwendung kommen zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende Selbsthilfe. Die meisten modernen Zivilrechtsordnungen haben die Selbsthilfe sehr stark eingeschränkt. Ein Ueberbleibsel ist uns in Art. 926,2 ZGB und Art. 52 OR erhalten. Hier ist die Selbsthilfe noch erlaubt gegen den Täter, der

---

[72] Vgl. § 2 Geschichtliches S. 24.

[73] Vgl. insbes. BesSchProt 1921—24 No. 49, 1934—37 No. 42 u. 52. EJustDep vom 26. Okt. 1938.

[74] Interessant ist die Verfolgung der Praxis in dieser Hinsicht. Seit der Stadtverschmelzung im Jahre 1917 lassen sich im Bezirke St. Gallen drei verschiedene Perioden unterscheiden. Bis 1930 haben wir eine Zeit einer sehr strengen und seriösen Rechtssprechung, indem das Besitzesschutzverfahren zweckentsprechend angewendet wurde. Von 1930—38 eine Periode einer ungebundenen Rechtssprechung, indem das Besitzesschutzverfahren so ziemlich Mädchen für alles war. Von 1938 bis zur Inkrafttretung der neuen ZPO haben wir eine Periode der vorsichtigen Rechtssprechung, indem alle nicht ganz einwandfrei klaren Fälle an den ordentlichen Richter gewiesen wurden.

eine Sache heimlich oder mit Gewalt entzieht und dabei auf frischer Tat ertappt oder unmittelbar verfolgt wird. Hier darf der Betroffene unter Umständen Gewalt anwenden. Alle andere Selbsthilfe ist unerlaubt und bildet verbotene Eigenmacht. Die Bestimmung in unserer ZPO richtet sich u. E. hauptsächlich gegen die Selbsthilfe eines auf eine Sache Berechtigten. Ein Pächter will nach richtig abgeschlossenem Pachtvertrage aufziehen, obwohl es ihm der Verpächter unberechtigterweise verboten hat. Ein Käufer eines Pferdes versucht es eigenmächtig aus dem Stalle zu nehmen. Ein Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache versucht ohne die Erlaubnis des Käufers oder der Behörde in die Wohnung einzudringen, um sich des Gegenstandes zu bemächtigen[75] usw. Hier liegt überall verbotene Eigenmacht vor. Sie ist bei jeder Beeinträchtigung des Besitzes, die ohne den Willen des Besitzers erfolgt, anzunehmen. Allerdings muss ein schutzwürdiges Interesse des Besitzers vorhanden sein. Sonst aber sind Verschulden, Vermögensschaden usw. nicht notwendig.

Die Regelung in unserer ZPO in bezug auf den Besitzesschutz weist hier eine Doppelspurigkeit auf, indem die Formulierung eines speziellen Schutzes bei versuchter oder drohender Selbsthilfe gar nicht nötig gewesen wäre. Jede versuchte oder drohende Selbsthilfe ist sicher immer auch eine versuchte oder drohende Störung bzw. Entziehung des Besitzes, die nach ZGB ebenfalls geschützt wird, wie wir weiter unten sehen werden. Durch die Weglassung dieser Formulierung hätte die Ziff. 3 des Art. 389 an Klarheit und Einfachheit gewonnen.

3. Die Besitzesstörung

Art. 389 Ziff. 3 bezweckt weiterhin die Realisierung von Art. 926 ZGB. Es ist die Unterlassungsklage gegen den Störer des Besitzes. Inhaltlich geht sie auf Beseitigung der Störung und Unterlassung weiterer Störungen. Dann noch auf Schadenersatz, der aber, wie schon erwähnt, im Befehlsverfahren nicht entschieden werden kann.

Hier haben wir es mit einer rein possessorischen Klage zu tun. Ein eventuelles Recht zur Störung bleibt dahingestellt. Die Tatsache der Störung genügt. Eine solche liegt vor, wenn ein Besitzer durch den Eingriff eines Dritten in seine Besitzessphäre an der Ausübung der ungeschmälerten, tatsächlichen Gewalt gehindert oder beeinträchtigt wird, ohne dass aber dieser Eingriff zum völligen Verluste des Besitzes führen würde, wobei die Besitzesstörung keine unverschuldete zu sein braucht[76]. Jede objektive

[75] BesSchProt 1924—27 No. 85.

[76] Baur S. 91.

Störung genügt. Immerhin muss sie von einer gewissen Dauer sein. Einzelne Handlungen genügen nicht, wenn keine Gefahr einer Wiederholung besteht. Die Störung kann noch andauern bei ihrer Geltendmachung. Sie muss nicht abgeschlossen sein. Ja selbst bei drohender Störung geht die Praxis über den Rahmen des Gesetzes hinweg und gibt die Unterlassungsklage, wenn gute Gründe zur Annahme einer bevorstehenden Störung vorliegen [77].

Die meisten Besitzesstörungen entstehen aus den nachbarlichen Beziehungen und gerade hier zeigt sich die Notwendigkeit eines schnellen richterlichen Einschreitens. Beispiele liefert uns die Praxis zu Dutzenden. Denken wir nur an die Fälle von eigenmächtigen Eingriffen infolge unsicherer Grenzen, Uebergriffe in nachbarliches Eigentum durch Betreten [78], Grenzbauten, Versetzen von Hägen, Abgrabungen [79] usw., oder ausdehnende Ausübung von Grunddienstbarkeiten über die bisherige konstante Uebung hinaus [80], Verunmöglichung der bisherigen Ausübung [81] oder Veränderung in der bisherigen Ausübungsmöglichkeit einer Grunddienstbarkeit oder Grundlast, Störung im Rechtsbesitz, indem ein Wegrecht, das bisher nur für Fussgänger bestimmt war, plötzlich zum Fahren verwendet wird.

Voraussetzung für jeden Besitzesschutz ist aber das Vorhandensein eines rechtsschutzwürdigen Interesses [82]. In welchem Zeitpunkt muss nun der in seinem Besitz gestörte seinen Unterlassungsanspruch geltend machen? Das Gesetz spricht in Art. 929 ZGB von „sofort" und stellt eine Verwirkungsfrist von einem Jahre seit Beginn der Störung bzw. der Besitzesentziehung auf. Wie ist nun dieses „sofort" auszulegen? Die Kommentatoren verlangen mit Recht nicht eine unmittelbare gerichtliche Geltendmachung [83].

---

[77] v. Thur OR S. 350.
VP I 490, wo die Gefahr eines Durchsickerns des Dachwassers vom Nachbarhause gegen das Haus des Klägers ganz offenbar vorhanden war.

[78] BesSchProt 1934—37 No. 36. Betreten einer Wiese durch mehrere Mieter.

[79] EJustDep vom 27. Mai 1929.

[80] VR II 621, wo ein Wegrecht zur Bodenbewirtschaftung zu regelmässigem Abtransport von Kies und Sand benützt worden war.
BesSchProt 1925—27 No. 35, wo ein Fahrrecht durch den Bau einer Garage überlastet wurde, indem es zu regelmässigen Autofahrten benützt worden war.

[81] EKG 1940 No. 24.

[82] Homberger N 10 zu Art. 926; N 17 zu Art. 928.
Ostertag N 19, 27 zu Art. 926.
N 9—18 zu Art. 928.

[83] Ostertag N 1 u. 2 zu Art. 929.

Wesentlich ist eine unzweideutige Willenserklärung, die sich an den Störer richtet[84]. Sie kann durch wiederholte mündliche Mahnung erfolgen, besser aber durch ein Schreiben mit der Androhung auf gerichtliche Geltendmachung.

In den Bereich des Befehlsverfahrens fällt somit auch der Schutz des Besitzes nach Art. 684 ZGB, wonach jedermann verpflichtet ist, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. Wir denken an die sog. Immissionsfälle[85]. Für den Richter sind diese Vorkommnisse nicht immer leicht zu beurteilen. Sehr oft können sie nur im ordentlichen Verfahren zur Entscheidung kommen. Vor allem spielt der Ortsgebrauch, dann ganz besonders das Milieu und die Gegend eine grosse Rolle. Auf jeden Fall berechtigt nur eine das übliche Mass übersteigende Einwirkung zur richterlichen Hilfe. Steht ein ganzer Gewerbebetrieb in Frage, so soll der Richter, bevor er ein gänzliches Verbot ausspricht, zuerst untersuchen, ob nicht zweckdienliche Vorkehrungen zur Verhütung oder Verminderung der Immissionen möglich sind.

Endlich gehören noch dazu die Störungen aus obligatorischen Verträgen. Hauptanwendungsfälle sind Miete und Pacht. Im Rahmen des summarischen Verfahrens wird es aber schwierig sein, die Uebermässigkeit und Ungerechtigkeit einer solchen Einwirkung zu überprüfen[86].

Nach den gleichen Grundsätzen wie der Besitzesschutz des Einzelnen ist derjenige der Mitbesitzer geregelt. Allerdings kann er

---

[84] SJZ 25 S. 25.

[85] Störung einer Arztpraxis durch einen Molkereibetrieb.
BesSchProt 1921—24 No. 45.
Störung des Besitzes durch Erschütterung und Lärm, verursacht durch einen Heuaufzug.
BesSchProt 1921—24 No. 57.

[86] Einem Vermieter wurde z. B. untersagt, einen Keller zu vermieten, dessen Zugang nur durch eine Remise möglich war, die er bereits schon an einen andern Mieter vermietet hatte. Die Verpflichtung des Remisenmieters, dem Kellermieter den Zutritt zum Keller zu gewähren, hätte eine Störung seines Mietbesitzes bedeutet.
(VP I 151).
Einem Pächter wird verboten, dem Küher des Verpächters nach Massgabe einer vom Pächter eingegangenen Verpflichtung eine Wohnung und einen Keller einzuräumen.
(ZBJV 6 S. 306).
Einem Mieter wird der Befehl erteilt, einen Hund wegzuschaffen, weil er den Vermieter in seinem Besitze stört. (BesSchProt 1921—24 No. 102).

nicht uneingeschränkt gewährt werden[87]. Er besteht nur da, wo die Besitzessphären der Mitbesitzer deutlich gegeneinander abgegrenzt sind[88]. Ergibt sich die Abgrenzung nur aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, so bleibt für den Besitzesschutz keine Anwendungsmöglichkeit. Weder Besitzesschutzansprüche, noch das Recht auf Selbsthilfe können entstehen. Hingegen kann nach Art. 389 Ziff. 1 ein Entscheid gefällt werden, sofern die Voraussetzungen vorliegen.

Als Zeichen der Zeit gehört in diesem Zusammenhang noch die Störung des Besitzes durch hohe Bäume, Zierbäume, Hecken und Sträucher, wenn sie den Ackerbau oder den Gartenbau schädigen oder seine Ausdehnung beeinträchtigen. Hier kann ihre Fällung verlangt werden, aber nicht auf dem Wege des zivilprozessualen Befehlsverfahrens, sondern auf einem vom Volkswirtschaftsdepartement vorgeschriebenen Administrativverfahren[89].

4. Die Besitzesentziehung

Eine Steigerung der Besitzesstörung bildet die Besitzesentziehung nach Art. 927 ZGB in Verbindung mit Art. 389 Ziff. 3 ZPO. Voraussetzung zu dieser Klage ist, wie bei der Störung, verbotene Eigenmacht. Liegt diese vor, dann muss die Sache zurückgegeben werden, auch wenn besseres Recht an derselben behauptet wird. Bei beweglichen Sachen bedeutet Entziehung Wegnahme, mit der Folge eines gänzlichen Verlustes der Sache. Vorübergehende Enthaltung bedeutet noch keine Besitzesentziehung, wohl aber eine Störung. Bei unbeweglichen Sachen ist die Abgrenzung zur Störung schon schwieriger. Nach Homberger[90] liegt das Kriterium darin, ob der Eingreifer selbst Besitz erwirbt oder nicht. In diesen Fällen liegt immer Entziehung vor. Bei Rechtsbesitz wird entscheidend sein, ob der durch das Recht verfolgte Zweck ganz oder zum Teil vereitelt wird.

---

[87] Homberger N 21 zu Art. 926 ZGB.

[88] Beispiel: Eine von drei Liegenschaftsbesitzern erstellte Brücke über ein Tobel wird von einem Anteilhaber teilweise zum Ablagern von Holz benützt. Hier kann jeder Mitbesitzer den Angriff des Andern auf seinen Teilbesitz zurückweisen kraft des Besitzesschutzes; denn die Brücke dient nicht zur Ablagerung von Holz, sondern zur Beförderung von Sachen über dieselbe.
(VR III 626).

[89] Verfügung No. 2 des Volkswirtschaftsdep. über die Ausdehnung des Ackerbaus, vom 11. Nov. 1941.
(Ausführungsvorschriften)
VI. Bäume, Hecken, Sträucher. Art. 16.

[90] N 9 zu Art. 927.

Wie schon erwähnt, kann dieser rein possessorische Schutz durch Art. 927,2 ZGB mit dem Petitorium vermengt werden. Der Beklagte ist befugt im Besitzesschutzprozess die Rückgabe einer eigenmächtig erworbenen Sache zu verweigern, wenn er sofort sein besseres Recht nachweisen kann. Es gibt sich daraus eine Beschränkung der Beweismittel. Nur diejenigen, die bei der ersten Gelegenheit sofort vorgelegt werden können, finden eine Berücksichtigung durch den Richter. Das Recht muss klar und ohne Schwierigkeiten so nachgewiesen werden, dass der Beklagte die Sache dem Kläger auf Grund desselben ohne weiteres wieder abnehmen könnte [91].

Zuletzt muss noch einmal betont werden, dass alle diese Verfügungen im Sinne einer Beibehaltung des allgemeinen Rechtsfriedens stehen und daher meistens provisorischen Charakter haben. Eine endgültige Regelung nach dem Rechte bringt erst das ordentliche Verfahren. Daher steht es jeder Partei frei, wenn sie mit dem Entscheide des summarischen Richters nicht einverstanden ist, den ordentlichen Weg zu beschreiten. Die Verfügungen zum Besitzesschutz haben absolut keinen präjudiziellen Charakter. Das sagt Art. 396, 1 ZPO noch ausdrücklich: „Durch die Besitzesschutzverfügung wird dem Entscheide des ordentlichen Richters über die Rechtsfrage nicht vorgegriffen."

B. Die Voraussetzungen zur Handhabung von klarem Recht

1. Im Allgemeinen

Wie schon vorher betont, will Art. 389 Ziff. 1 Streitverhältnisse, über deren Ausgang der Richter nicht lange im Unklaren zu sein braucht, abschliessend zur Entscheidung bringen. Der ordentliche Prozess soll ja gerade wegen der Einfachheit und Klarheit der Rechtsverhältnisse oder des anzuwendenden Rechts vermieden werden. Deshalb ist das Befehlsverfahren von einer Menge von Voraussetzungen abhängig, um eine genaue Abgrenzung zum ordentlichen Verfahren zu ermöglichen. Sind diese nicht klar vorhanden, so muss der Richter abweisen und die klagende Partei kann auf dem ordent-

---

[91] Beispiele: Kauf eines Klaviers unter Eigentumsvorbehalt. Die Käuferin kommt mit den Ratenzahlungen in Rückstand. Es gelingt der Firma bei Abwesenheit derselben in das Haus zu dringen, weil das Dienstmädchen nicht weiss, um was es sich handelt. Sie übergibt das Klavier den Dienstmännern. Die Käuferin verlangt Besitzesschutz. Er muss ihr verwahrt werden, weil die Firma sofort ohne weiteres ihr Eigentum nachweisen kann. (BesSchProt 1921—24 No. 85).
Ein Beklagter hat sich eigenmächtig einer Sache bemächtigt, die er gegen Quittung hinterlegt hat. Auch hier wird es ihm vielfach gelingen, sein Eigentum ohne Schwierigkeiten sofort nachzuweisen.

lichen Wege ihr Glück nochmals versuchen. Das Gleiche gilt für die unterliegende Partei. Auch sie kann den ordentlichen Prozessweg betreten, wenn sie findet, ihren Anspruch dort besser verteidigen zu können [92].

Welches sind nun die Voraussetzungen? Als solche sind folgende zu nennen:

a) Wichtig ist einmal das Vorhandensein von liquiden, tatsächlichen Verhältnissen. Liquid nennen wir im allgemeinen ein Begehren, wenn

1. der in ihm formulierte Anspruch fällig ist [93];
2. die ihm zu Grunde liegenden Tatsachen nicht bestritten sind; oder
3. diese ohne Schwierigkeiten sofort festgestellt werden können; und
4. die anzuwendenden Rechtssätze klar sind.

Ein umfängliches Beweisverfahren darf zur Abklärung des Tatbestandes nicht nötig sein. Für den Nachweis der Liquidität diene uns folgendes Beispiel:

Eine Partei verlangt auf Grund eines schriftlichen Mietvertrages, dass der Gegenpartei verboten werde, ein eröffnetes Konkurrenzgeschäft weiter zu betreiben. Parteien sind ein Coiffeur und eine Coiffeuse. Letzte ist Mieterin eines Teils des Geschäftslokals, das dem Ersten gehört. Im Mietvertrag wird die Klausel aufgenommen, dass bei Auflösung des Mietverhältnisses die Coiffeuse innerhalb des Dorfes kein Coiffeurgeschäft betreiben dürfe. Der Mietvertrag kommt zur Auflösung. Die Coiffeuse eröffnet ein Geschäft auf dem gleichen Platze. Demzufolge verlangt der Coiffeur einen Befehl auf Untersagung der Weiterführung des Geschäftes [94]. Dieser Anspruch ist sicher liquid. Unstreitbar ist, dass sich die Beklagte durch Vertrag verpflichtet hatte, kein Geschäft zu eröffnen. Diese Verpflichtung wurde nicht eingehalten. Ohne Schwierigkeiten ist diese Tatsache sofort feststellbar. Wir haben die von der fehlbaren Coiffeuse unterschriebene Vertragsurkunde und das neu eröffnete Geschäft. Die anzuwendenden Rechtssätze sind ebenfalls klar. Es sind die Grundsätze des Obligationenrechts über die Erfüllung der Verträge. Die Fälligkeit des Anspruchs ergibt sich ohne weiteres.

Hergestellt wird die Liquidität hauptsächlich durch Urkunden, wenn ihr Inhalt von der Gegenpartei nicht sofort in überzeugender Weise bestritten werden kann. Vor allem sind es die verschiedenen Vertragsurkunden, wobei diese besonders für Ausweisungs- und Rückgabebefehle von unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenständen die Grundlage bilden.

---

[92] Siehe die Ausführungen auf S. 113 dieser Arbeit.

[93] Ausnahme bei zukünftigen Exmissionsbefehlen. S. 63.

[94] EKG 1940 No. 27.

Begehren, die auf Grund solcher Privaturkunden erledigt werden können, sind recht zahlreich:

Ein Vereinsmitglied verlangt, gestützt auf eine Bestimmung der Statuten, einen Befehl gegen den Präsidenten auf Einberufung einer Generalversammlung.

Ein Vermieter verpflichtet sich durch schriftlichen Vertrag, die Zimmer anstreichen zu lassen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so kann ihm ein Befehl erteilt werden, dieses sofort vorzunehmen [95].

Ein Geschäft verlangt von einem Reisenden auf Grund seiner schriftlichen Kündigung des Angestelltenverhältnisses das Generalabonnement und die ihm übergebenen Musterkollektionen zurück.

Solche Beispiele könnten beliebig erweitert werden.

Wohl die grösste Anwendungsmöglichkeit von Art. 389 Ziff. 1 ZPO bieten diejenigen Fälle, bei denen auf Grund eines Vertragsverhältnisses (z. B. als Kommissionär, Agent, Unternehmer im Werkvertrag, Arbeiter, Angestellter, Aufbewahrer, Entlehner, Beauftragter, Vertreter, Faustpfandgläubiger, Nutzniesser usw.) eine Sache übergeben werden musste oder anvertraut war, sie aber nach Eintritt der Rückgabepflicht ohne Grund weiterbehalten wird [96].

Neben den Privaturkunden kommen natürlich auch die notariellen Urkunden in Betracht, nicht aber die Gerichtsentscheide [97]. Ansprüche auf Grund von Gerichtsurteilen werden in einem besonderen Vollzugsverfahren geltend gemacht. Zuständig ist der Bezirksammann, der mit Amtsbefehlen die nicht erfüllende Partei zur Einhaltung ihrer Pflichten zwingt (Art. 455 ff. ZPO). Inhaltlich

---

[95] E4KZüOG 1937 No. 162.

[96] BesSchProt 1934—37 No. 40: Befehl auf Pfandbestellung.
No. 56: Herausgabebefehl für Sachen aus einem Nachlass.
BesSchProt 1938—39 No. 13: Rückgabe eines Faustpfandes nach Bezahlung der Schuld.
No. 32: Herausgabe einer Buchhaltung.
EAppR v. 8. Juli 1940: Herausgabe eines Verlustscheines nach Bezahlung.
EAppR v. 7. Juni 1941: Herausgabe von Wertschriften nach Auflösung des Hinterlegungsvertrages.
EAppR v. 3. Okt. 1941: Herausgabe von Hausrat und Vieh auf Grund von Kauf.

[97] Anders z. B. im Kanton Zürich, wo das Befehlsverfahren auch zur Vollstreckung von Ansprüchen auf Grund von Gerichtsurteilen zur Anwendung kommt. § 292 Ziff.1 ZüZPO.
Vgl. BesSchProt 1934—37 No. 58, wo fälschlicherweise für die Exekution eines Scheidungsurteils nicht das Vollzugverfahren, sondern das Besitzesschutzverfahren zur Anwendung kam.

wickelt sich das Verfahren gleich ab wie das Befehlsverfahren, nur dass eben die Exekutive zuständig ist und der Amtsbefehl wegen der besonderen Rechtskraft des Urteils sofort erlangt werden kann. Das Vollzugsverfahren gilt auch für die vor Gericht abgeschlossenen Vergleiche. Diese haben Urteilscharakter [98].

Wesentlich ist die Klarheit und Eindeutigkeit des Inhaltes der Urkunden. Bereitet deren Auslegung Schwierigkeiten, muss sie besonders erläutert oder kommentiert werden, so kann das summarische Verfahren nicht zur Anwendung kommen. Der anzuwendende Masstab soll dabei nicht allzu streng genommen werden. Auf alle Fälle darf der Richter nur abweisen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse nicht genau klargestellt sind. Rechtliche Schwierigkeiten bilden keinen Grund, eine Sache in das ordentliche Verfahren zu verweisen [99] [100].

Weiterhin können sich liquide Verhältnisse auf Grund von gesetzlichen Vorschriften ergeben. Das Gesetz gibt z. B. einen konkreten Anspruch für einen ganz bestimmten Tatbestand. Der Richter muss nur untersuchen, ob dieser Tatbestand vorhanden ist und ob das Gesetz diesen Anspruch formuliert hat. Auf Grund dieser einfachen Kognition gibt er dann den Befehl [101].

---

[98] BesSchProt 1938—39 No. 13. Auf Grund eines vor Gericht abgeschlossenen Pfandvertrages, wurde die Herausgabe des Pfandes fälschlicherweise im Besitzesschutzverfahren verfügt.

[99] BIZüR 18/73; 19/41, 167.

[100] Wenn z. B. aus einem Gesellschaftsvertrage nicht klar hervorgeht, ob die beklagte Partei stille Gesellschafterin oder Angestellte ist, die Kläger vorzeitige Kündigung vornehmen und sich einen Befehl auf Rückgabe des Warenlagers geben lassen wollen, so darf der Richter diesem Begehren nicht entsprechen; denn unter solchen Verhältnissen ist dieser Anspruch völlig illiquid. (BesSchProt 1934—37 No. 46).

[101] Beispiele: Die besprochene Baueinsprache: Das EG zum ZGB bestimmt in Art. 100,4 auf klare Weise, dass bis zur Erledigung einer durch Amtsanzeige erhobenen Baueinsprache mit dem Bauen nicht begonnen werden darf. Hält sich eine Partei nicht an jene Vorschrift, so kann die andere im Befehlsverfahren ein Bauverbot verlangen (S. 36 ff.).

Art. 160,2 ZGB bestimmt, dass der Ehemann die eheliche Wohnung bestimmen kann. Daraus folgt die Folgepflicht der Frau. Weigert sie sich nun ohne triftigen Grund, ihrem Manne zu folgen, so können sie und ihre Kinder durch Befehl gezwungen werden, dies zu tun. (EAppR vom 16. Juni 1941).

Art. 342 OR gibt dem Dienstpflichtigen den Anspruch auf ein Zeugnis. Verweigert dies der Dienstherr, so kann es ohne weiteres auf dem Befehlswege verlangt werden. (Befehlssachen Zü Bd März-April 1940 S. 1133).

Das Befehlsverfahren dürfte ferner bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten[102] eine nicht unbedeutende Rolle spielen, sei es nach Art. 28 und 29 ZGB[103] oder auf Grund von Art. 956 OR (Firmenrecht), sodann im Urheberrecht[104], im Patentrecht[105], im Marken-[106] und Modellrecht[107] und ferner beim unlauteren Wettbewerb[108]. Hier haben wir vor allem Verhältnisse, die einer schnellen Rechtsverwirklichung bedürfen, um meistens nicht leicht ersetzbaren Schaden zu vermeiden. Voraussetzung ist aber auch hier, dass die Verletzung klar und eindeutig auf der Hand liegt. Bei Persönlichkeitsverletzungen auf Grund von Art. 28 und 29 ZGB, ferner bei Verletzungen von gewerblichem Eigentum wird diese Feststellung oft mit Schwierigkeiten verbunden sein[109] [110]. Die

---

[102] BIZüR 34/178.
Befehlssachen Zü Bd Nov.-Dez. 1937 S. 6157.

[103] Z. B. Verbot an eine Filmgesellschaft, einen Film aufzuführen. Des problematischen Inhaltes wegen (Frauennot-Frauenglück), wurden zwei Aerzte durch die öffentliche Aufführung in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt. (Befehlssachen Zü Bd Jan.-Febr. 1940 S. 584).

[104] BG betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dez. 1928.
BIZüR 25/131.

[105] BG betr. die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907/9. Okt. 1926/21. Dez. 1928.
VR III 643.

[106] BG betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. Sept. 1890 und 21. Dez. 1928.

[107] BG betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900/21. Dez. 1928.

[108] BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. Sept. 1943.

[109] Z. B. die Untersagung einer missbräuchlichen Verwendung eines fremden Namens oder Bildes durch das Befehlsverfahren. Wenn das Bild eines alkoholfeindlichen Sportlers in einem Bierkalender erscheint, so liegt kein Eingriff in dessen Persönlichkeit vor, wenn dieser vorher die Veröffentlichung seiner Photographie in allen Zeitungen gestattet hatte. Die grundsätzliche Einstellung des Klägers zur Alkoholfrage ist kein Persönlichkeitsgut, wie etwa die körperliche und geistige Integrität oder die Ehre. Es handelt sich hier um eine Ueberzeugung. Daher kann in diesem Falle kein Befehl auf Unterlassung der Veröffentlichung in jener Form verlangt werden. (E4KZüOG No. 92, 1927).

[110] Besitzt z. B. eine Firma ein Patent auf einen bestimmten Gegenstand und eine Zweite stellt unbefugterweise den genau gleichen her, so kann ihr sicher die weitere Herstellung durch Befehl untersagt

neueste Praxis zeigt uns leider nur ganz spärliche Entscheide und man scheint zu zögern, diese Tatbestände in dem sich dazu sehr gut eignenden Befehlsverfahren zur Lösung zu bringen.

b) Kann sich der Kläger nun auf eine konkrete gesetzliche Bestimmung stützen, dann wird er meistens mit seinem Anspruch erfolgreich durchdringen. Macht aber sein Gegner sofort erhebliche Einreden geltend, so wird es jenem kaum gelingen, einen richterlichen Befehl zu erhalten. Damit kommen wir zu einer weiteren Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 389 Ziff. 1 ZPO. Werden durch die Erhebung von glaubwürdigen Einreden die Rechtsverhältnisse so kompliziert, dass eine umfangreiche Beweisführung notwendig wird, so muss der Richter abweisen.

Diese Tatbestände liegen z. B. bei Herausgabeansprüchen von Sachen vor, wenn ein unklarer schriftlicher Vertrag die Grundlage ist oder der Beklagte die Einrede von Schenkung [111], Kauf- und Retentionsrecht [112] geltend macht, oder wenn ein Vater seinem Sohne den Hof abtritt [113], wegzieht und seine Sachen mitnehmen will. Hier finden wir oft verwickelte Eigentumsverhältnisse, die nur der ordentliche Richter abklären kann [114].

Wie muss aber der Richter entscheiden, wenn die Gegenpartei die Einrede eines Willensmangels geltend macht? U. E. ist hier der Richter verpflichtet, einen strengen Masstab anzuwenden. Bei der Uebervorteilung wird die Feststellung derselben noch leicht sein. Bei Betrug oder Täuschung soll der Beklagte diese Willensmängel ohne Schwierigkeiten sofort glaubhaft machen können. Am strengsten soll der Richter bei der Einrede des Irrtums verfahren, indem er dem Kläger den verlangten Befehl immer zu geben hat, wenn er sich durch einen klaren und formell richtigen Rechtstitel ausweisen kann und der Irrtum beim Beklagten nicht offenbar vorliegt. Dem Beklagten bleibt dann immer noch der ordentliche Weg, auf welchem er seinen Willensmangel geltend machen kann [115]. Hier wird es eine besondere Aufgabe des Befehlsrichters sein, die Interessen der Parteien sorgfältig abzuwägen, damit der Trölerei nicht Vor-

---

werden. Hat aber die letzte Firma schon vor der Anmeldung des Patentes durch die andere Firma den Gegenstand hergestellt und es unterlassen, um ein Patent nachzusuchen, sodass sie als eventuelle Vorbenützerin im Sinne des Art. 8 des Patentgesetzes angesehen werden kann, so können wohl kaum klare Rechtsverhältnisse angenommen worden.
(Befehlssachen Zü Bd März-April 1940 S. 3042).

111 Befehlssachen Zü Bd Jan.-Febr. 1940 S. 884.

112 EJustDep vom 22. Febr. 1939.

113 EAppR vom 3. Okt. 1941.

114 Vgl. den Fall im BesSchProt 1921—24 No. 49.

115 Vgl. insbes. die Ausführungen auf S. 115 dieser Arbeit.

schub geleistet wird. Ist die Rechtssprechung zu nachsichtig, so wird die Gegenpartei sehr leicht in Versuchung fallen, jeden Anspruch, so gut als möglich durch die Anrufung von Willensmängeln illiquid zu machen, um den an sich berechtigten Kläger in das ordentliche Verfahren zu zwingen, wo sie als Beklagte ihre Verteidigungsmittel besser zur Geltung bringen kann als im summarischen Befehlsverfahren. Immerhin darf der Richter nicht so weit gehen, dass er in diesen Fällen durch einen beständigen Schutz des gegnerischen Anspruches eine regelmässige Umkehrung der Parteirollen bewirkt. Es wird in diesem Zusammenhang meistens ein zuverlässiges iudicium brauchen, um dem Hauptzwecke, der Verhütung eines ordentlichen Verfahrens, gerecht zu werden.

Trotz der relativ zahlreichen Voraussetzungen für die Handhabung von klarem Recht sehen wir, dass eine ausserordentlich grosse Anzahl von Streitigkeiten summarisch erledigt werden kann. Eigentlich lässt sich jeder Privatrechtsstreit auf diesem Wege schlichten, unabhängig von Streitwert und sachlicher Zuständigkeit, sofern die ihm zu Grunde liegenden Verhältnisse nicht streitig oder sofort feststellbar sind, das anzuwendende Recht klar ist und der Anspruch keine Geldleistung darstellt. Daraus ergibt sich die hervorragende Bedeutung dieser 1. Ziffer. Im Kanton St. Gallen ist ihre Bedeutung und vor allem ihre Anwendungsmöglichkeit noch nicht recht erfasst worden, weil das Institut eben erst neu aus der ZüZPO übernommen und zum Teil nicht sehr klar geregelt worden ist[116]. Aber schon unter der Praxis der alten ZPO von 1900 lassen sich beim Besitzesschutzverfahren Vorstösse verfolgen im Sinne einer Handhabung von klarem Recht. Das zeigt sich besonders bei der Ausweisung von Mietern und Pächtern und bei der Rückgabe von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen. Ueberall, wo der Besitz irgendwie eine Rolle spielte, wurde angestrebt, zu einem ähnlichen Resultat zu kommen, wie es heute unter Ziff. 1 des Art. 389 ZPO möglich ist[117].

2. Die Voraussetzungen im Speziellen

a) Insbes. für den Rückgabebefehl von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenständen

Die Art. 715/16 ZGB und 226—228 OR gestatten die Uebertragung einer beweglichen Sache unter dem Vorbehalt des Eigentums.

[116] Vgl. insbes. die Ausführungen auf S. 115 dieser Arbeit.

[117] Vgl. die Praxis in VR II 936, wo die Erfüllung eines Kaufvertrages im Besitzesschutzverfahren nicht verlangt werden konnte.
Aenderung der Praxis im Jahre 1938, wo die Erfüllung eines Kaufvertrages im Besitzesschutzverfahren erzwungen wurde, obwohl Besitz und Eigentum erst mit der Tradition übergehen. (BesSchProt 1938—39 No. 21).

In der Praxis spielt diese Uebertragung besonders bei den Abzahlungsgeschäften eine grosse Rolle, ferner bei Werkverträgen, Verpfründungen, Schenkungen und Gesellschaftsverträgen. Praktisch nimmt das Abzahlungsgeschäft den grössten Raum ein. Der Verkäufer verkauft einen Gegenstand unter dem Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Abzahlung des Kaufpreises, der meistens in monatlichen Raten zu tilgen ist. Sehr oft kommt nun der Käufer seinen Verpflichtungen nicht nach. Er gerät mit seiner Ratenschuld in Verzug. Art. 226/27 OR und 716 ZGB berechtigen alsdann den Verkäufer, in einem solchen Falle sein Eigentum geltend zu machen und sich wieder in den Besitz der Kaufsache zu setzen. Das Verfahren, in welchem der Verkäufer diesen Anspruch bei Uneinigkeit mit dem Käufer, am schnellsten und einfachsten geltend machen kann, ist das Befehlsverfahren. Schon die Praxis unter der alten ZPO von 1900 versuchte die Anwendung eines kurzen und raschen Verfahrens [118]. Was lag näher als das bereits erwähnte Besitzesschutzverfahren. Sie half sich dabei mit den Besitzesregeln des ZGB. „Käufer und Verkäufer sind Besitzer, der eine unselbständig, der andere selbständig. Durch die Nichtbezahlung der Raten geht der abgeleitete Besitz verloren und der Verkäufer ist in seinem selbständigen Besitze als Eigentümer der Sache zu schützen" [119]. Der Verkäufer wurde eigentlich durch die verweigerte Uebergabe des unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenstandes in seinem Besitz gestört [120]. Die ganze Begründung war ein Notbehelf, der sich aber wegen der Häufigkeit der Fälle durchaus rechtfertigen liess.

Die heutige Praxis braucht sich nicht mehr mit den Besitzesregeln zu behelfen. Für einen Rückgabebefehl einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache genügen klare Rechtsverhältnisse im Sinne von Art. 389 Ziff. 1 ZPO. Im übrigen ist die Anwendung des Befehlsverfahrens von folgenden Voraussetzungen abhängig:

1. Es muss ein gültiger Traditionsvertrag und eine Leistungspflicht des Erwerbers vorliegen. Also ein Kauf-, Tausch- oder Werkvertrag. Dies festzustellen, bietet für den Richter keine grossen Schwierigkeiten, da der Geschäftsverkehr meistens vorgedruckte Formulare verwendet.

Wichtig ist hier einzig die Behandlung eines Umgehungsvertrages. Sehr oft kleiden sich Kaufverträge auf Abzahlung in die Form von Mietverträgen mit der Vereinbarung, dass die Sache in das Eigentum des Mieters übergehe, sobald die bezahlten Miet-

---

[118] Vgl. die Entwicklung in VR II 978; III 631; VP I 398.

[119] VP I 398 EJustDep vom 5. Mai 1936.

[120] Ohne verbotene Eigenmacht kann natürlich von einer Besitzesstörung nicht gesprochen werden.
(Homberger N 11 zu Art. 928).

zinse den Preis des Kaufobjektes ausmachen. Diese „Mietverträge" muss der Richter genau wie die Abzahlungsgeschäfte behandeln[121]. Ist kein Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister gemacht worden, so ist der „Mieter" nach der Tradition unbedingter Eigentümer. Damit kommen wir zur zweiten Voraussetzung.

2. Der Eigentumsvorbehalt muss am jeweiligen Wohnort des Erwerbers im Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen sein. Bis zur Eintragung ist der Erwerber unbedingter Eigentümer[122]. Durch den Eintrag fällt das Eigentum ohne Rückübertragung des Besitzes an den Veräusserer[123]. Auch diese Voraussetzung lässt sich leicht durch den Richter prüfen.

3. Der Käufer muss mit mindestens einer Rate in Verzug gekommen sein. Das setzt voraus, daß der Veräusserer nach Art. 226 OR sein Wahlrecht ausgeübt hat. Er ist nach Art. 107 OR verpflichtet, eine Frist anzusetzen[124] mit der Androhung, dass bei Nichtbezahlung der Rate das Eigentum geltend gemacht und vom Vertrag zurückgetreten werde.

Die beiden Ansprüche aus Art. 226 OR stehen nach st. gallischer Praxis in Uebereinstimmung mit den neueren Kommentatoren[125] dem Verkäufer nicht kumulativ, sondern nur alternativ zu. Ist z. B. im Momente der Einleitung des Befehlsverfahrens eine Betreibung auf die Teilleistung oder sogar auf den Rest des Kaufpreises an-

---

[121] Uebereinstimmend die Kommentare Oser-Schönenberger und Gmür.
Oser-Schönenberger N 4 zu Art. 226 OR.
Becker N 3 zu Art. 226 OR.
Leemann N 11 zu Art. 715 OR u. N 4 zu Art. 716 ZGB.
v. Thur OR I S. 222.
Vetsch, Umgehung des Gesetzes. 1917 S. 109 ff.
BGE 24 II 93.
BIZüR 19/23.
Befehlssachen Zü Bd Jan.-Febr. 1940 S. 523.

[122] Leemann N 35, 48—53 zu Art. 715 ZGB.

[123] Leemann N 40 zu Art. 715 ZGB.

[124] Das geht aus dem Gesetze nicht klar hervor. Doch steht die Vorschrift des Art. 107 OR den Bestimmungen des Art. 226—28 OR nicht entgegen.
Oser-Schönenberger N 9 zu Art. 226 OR.
Becker N 5 zu Art. 227 OR.
Leemann N 65 zu Art. 715 ZGB.

[125] Becker N 7 zu Art. 226 OR.
Leemann N 65 zu Art. 715 ZGB.
Gegenteilige Auffassung in Zürich: BlZüR 26/84; 32/32. Fick N 6 zu Art. 226 OR, verschleiert Oser-Schönenberger N 11 zu Art. 226 OR.
BGE 32 II 137.
Befehlssachen Zü Bd März-April 1940 S. 1504.

hängig, so muss der Richter abweisen, weil nach der Wahl der eine Anspruch untergegangen ist.

4. Nach Art. 716 ZGB und Art. 227 OR ist der Verkäufer verpflichtet, die vom Erwerber geleisteten Abzahlungen zurückzuerstatten. In der Praxis wirkt sich dieser Grundsatz so aus, dass ein Befehl auf Rückgabe der Sache nur dann gegeben wird, wenn der die Abnützungs- und Mietgebühr übersteigende Betrag bei dem dazu bestimmten Amte[126] hinterlegt wird[127]. Das bedingt schon die wirtschaftlich meistens viel schwächere Stellung des Käufers und zum Teil auch der Schutz gegen missbräuchliche Abzahlungsgeschäfte. Von dieser Pflicht wird der Veräusserer nur dann befreit, wenn die bisherigen Zahlungen die Miet- und Abnützungsentschädigung nicht decken und dies offensichtlich erkennbar ist[128]. Die definitive Entschädigung wird dann durch eine Expertise bestimmt[129]. Wir haben hier den einzigen Fall, wo ein vermögensrechtlicher Anspruch im Befehlsverfahren festgestellt und realisiert wird. Dies liegt eigentlich nicht im Sinne des Befehlsverfahrens[130]. Dieser Anspruch sollte vor dem Vermittler zum Austrag kommen. Doch hat sich die Lösung als sehr praktisch erwiesen, indem unseres Wissens ein Streit wegen der durch Expertise festgestellten Abnützungsgebühr nie entstanden ist. Der ganze Rechtsstreit findet dadurch seinen definitiven Abschluss.

5. Schwierig kann die Sache für den Richter werden, wenn der Käufer die Einrede der Verrechnung oder ein Retentionsrecht geltend macht. Kann Verrechnung durch Urkunden nachgewiesen werden oder sind die Verhältnisse derart schwierig, dass sich der Richter kein klares Bild machen kann, so muss er den Befehl verweigern. Die gleichen Grundsätze gelten für ein eventuelles Retentionsrecht des Käufers an der Sache.

Sehr häufig wird aber der Käufer Pfandrechte oder vor allem Retentionsrechte von Dritten geltend machen, um seine Sachen behalten zu können. Den beinahe häufigsten Fall bildet die Geltendmachung von Retentionsrechten des Vermieters. Pfandrechte wird der Richter noch leicht feststellen können. Er kann

---

126 Im Bezirk St. Gallen auf dem Bureau für gemeindeamtliche Funktionen.

127 VP I 398.
BesSchProt 1921—24 No. 69.
BesSchProt 1925—27 No. 55.

128 BesSchProt 1921—24 No. 19.

129 VP I 398.

130 Vgl. die Praxis in Zürich, wo der Befehl von der Hinterlegung aller Teilzahlungen abhängig gemacht wird. Innert 10 Tagen muss der Verkäufer seinen Anspruch auf Miete und Abnützungsgebühr vor dem Friedensrichter geltend machen.
Befehlssachen Zü Bd Jan.-Febr. 1940 S. 137.

die Pfändungsurkunde konsultieren und daraus ersehen, ob Pfandrechte angemeldet worden sind. Bei angeblichen Retentionsrechten muss der Richter neben den andern Voraussetzungen [131] vor allem die Gutgläubigkeit des Vermieters und die Geltendmachung seines Retentionsrechtes prüfen. Nach Art. 273 OR kommt es darauf an, ob der Vermieter wusste oder es den Umständen nach wissen musste, dass die Gegenstände dem Mieter nicht gehörten. Dies sind Ermessensfragen, die sich stark nach den konkreten Verhältnissen richten.

Erfährt der Vermieter erst während der Dauer des Mietverhältnisses, dass vom Mieter eingebrachte Sachen unter Eigentumsvorbehalt gekauft wurden, so muss er auf den nächsten Kündigungstermin kündigen (Art. 273,2 OR). Will er aber den Mieter behalten, so bleibt das Retentionsrecht in dem Umfange bestehen, in welchem es im Falle einer Kündigung hätte geltend gemacht werden können [132] [133].

Dieses Wissen kann eventuell durch Urkunden oder durch Zeugen festgestellt werden. Zu erwähnen ist hier, dass eine Pflicht zur Konsultierung des Eigentumsvorbehaltsregisters nur beschränkt besteht [134].

Am besten sichert sich der Verkäufer seinen Rückgabeanspruch, indem er dem Vermieter sofort nach Kaufabschluss von seinem Eigentumsvorbehalt Mitteilung macht.

Der Wille zur Geltendmachung des Retentionsrechtes kann aus der vorgängigen Benachrichtigung des Schuldners nach Art. 898,1 ZGB, aus der Aufnahme des Gegenstandes im Retentionsverzeichnis, aus der Beanspruchung der Hilfe des Betreibungsamtes nach Art. 283 SchKG oder schon aus dem Verwertungsbegehren herausgelesen werden.

Meistens wird aber der Vermieter erst an das Retentionsrecht denken, wenn er auf die Gefahr einer Wegnahme des Gegenstandes

---

[131] Fälligkeit der Forderung, Konnexität zw. Forderung und Retentionsgegenstand, Besitz des Retentionsobjektes mit Willen des Schuldners. Keine Kompetenzqualität.

[132] Auslegung des Art. 273,2 OR in Oser-Schönenberger N 9 zu Art. 273 OR.
Becker N 7 zu Art. 273 OR.

[133] Dieses Retentionsrecht an Sachen Dritter bleibt auch bestehen, wenn die bereibungsrechtl. Frist zu seiner Geltendmachung verpasst wurde.

[134] Wenn aus besonderen Gründen der Vermieter Zweifel am Eigentum des Mieters hegen muss.
Oser-Schönenberger N 4 zu Art. 273 OR.
Becker N 4 zu Art. 273 OR.
Leemann N 44 zu Art. 715 ZGB.
BGE 42 II 578.

aufmerksam gemacht wird. In diesen Fällen wird es vorteilhaft sein, dass ihm der Richter vor Erlass des Entscheides eine kurze Frist zur Geltendmachung seines Retentionsrechtes ansetzt. Macht er es dann nicht geltend, so fällt es dahin und der Verkäufer könnte die Sache für sich beanspruchen.

Ist nun ein solches Retentions- oder Pfandrecht vorhanden und festgestellt, so kann der Verkäufer im Befehlsverfahren den Kaufgegenstand nicht mehr zurückverlangen. Seinen Anspruch muss er dann nach den betreibungsrechtlichen Vorschriften geltend machen [135].

Die obigen Grundsätze gelten auch für die Untermiete. Der Vermieter hat ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters, aber nur in dem Umfange, als das Recht des Untervermieters gegenüber dem Untermieter reicht [136] (Art. 272/73 OR).

Eine letzte Frage bleibt noch zu besprechen. Wie soll der Richter entscheiden, wenn der Gegenstand beinahe abbezahlt ist und der Verkäufer dennoch darauf greifen will. Hier ist es vor allem die Pflicht des Richters vermittelnd einzugreifen [137] und die Interessen der beiden Parteien abzuwägen. Vor allem soll der wirtschaftlich schwächere Teil nach Möglichkeit geschützt werden. Eine allgemeine Regel kann nicht aufgestellt werden, da es hier zu sehr auf die einzelnen Fälle ankommt.

b) Insbesondere die Voraussetzungen für die Ausweisung von Mietern und Pächtern

Das Mietrecht kennt verschiedene Auflösungsgründe des Mietverhältnisses auf Veranlassung des Vermieters. Den Normalfall bildet die Kündigung. Dann aber die sofortige Auflösung des Mietvertrages auf Grund von Art. 261 OR (Verletzung der Sorgfaltspflicht, Schadenszufügung an der Mietsache etc.), Art. 266 OR (Konkurs des Mieters) und Art. 265 OR (Verzug des Mieters). Die wichtigste Folge der Auflösung ist die Verpflichtung zur Rückgabe des Mietgegenstandes. Geschieht diese nicht freiwillig, so kann der Vermieter auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 ZPO den Mieter durch einen Befehl zwingen, die Mietsache zurückzugeben, bzw. die gemietete

---

[135] Vor allem Art. 100 SchKG in Verbindung mit dem KrSchrBGer No. 14 v. 11. Mai 1922 betr. Pfändung von dem Betriebenen unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen, Konkurrenz des Pfändungspfandrechtes und des Eigentums des Verkäufers.

[136] Oser-Schönenberger N 29—33 zu Art. 272 OR.
Becker N 5 zu Art. 272 OR.

[137] Vgl. noch die Ausführungen über die Vermittlungspflicht des Richters auf S. 100 dieser Arbeit.

Wohnung zu verlassen. Diese Ausweisungsbefehle gehören beinahe zu den häufigsten Verfügungen des Befehlsrichters. Die Ausweisung von Pächtern ist wegen der vermehrten Einredemöglichkeit weniger häufig.

Unter der alten ZPO von 1900 wurde die Ausweisung nach dem Besitzesschutzverfahren erkannt. Die Begründung erfolgte auf die gleiche Art wie bei dem Herausgabebefehl von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen [138].

Einen Tatbestand müssen wir zum vornherein ausscheiden, nämlich die Ausweisung eines Mieters oder Pächters auf Grund seines Zinsrückstandes [139]. Hat der Vermieter gegen den Mieter oder Pächter gemäss Art. 265 und 293 OR in Verbindung mit Art. 282 SchKG die Betreibung angesetzt, so muss der Bezirksgerichtspräsident nur seine Bewilligung zur Ausweisung geben [140]. Er prüft deren Rechtfertigung abschliessend im summarischen Verfahren gemäss Art. 374 ZPO in Verbindung mit Art. 48 Ziff. 5 ZPO. Die Anordnung und der Vollzug der Ausweisung geschieht durch den Gemeindeammann [141].

Die Voraussetzungen für den Erlass des Ausweisungsbefehls sind relativ einfach. Der Vermieter muss seine richtig erhobene Kündigung nachweisen können; d. h. er muss die richtige Frist eingehalten haben und die Kündigung muss dem Mieter zugekommen sein. Eine weitere Voraussetzung ist natürlich, dass der Mieter keine Anstalten trifft, auszuziehen.

Bei anderen Auflösungsgründen nach Art. 261 OR muss von Fall zu Fall untersucht werden, ob dem Vermieter die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist noch zugemutet werden kann [142].

Liegen alle diese Voraussetzungen klar und deutlich vor, so steht einem Ausweisungsbefehl nichts mehr entgegen.

Einer speziellen Behandlung bedarf noch die Untermiete. Nach Art. 264 OR und 254 OR ist sie gestattet, wenn dadurch keine dem Mieter nachteilige Veränderung bewirkt wird. Sie kann aber durch Vertrag ausgeschlossen werden. Stehen sich Untervermieter und Untermieter gegenüber, so gelten prinzipiell die gleichen Voraussetzungen wie oben. Wie aber, wenn der Obervermieter den Untermieter hinausbefördern will? Ist die Untermiete dem

---

[138] VR III 652.
BesSchProt 1921-24 No. 15a.

[139] Anders Zürich, das keinen Unterschied im Verfahren kennt.
BlZüR 23/22.

[140] Art. 18 EG zum SchKG.
Art. 48 Ziff. 5 ZPO.

[141] VR II 957, 959.
VP I 285,286.

[142] z. B. wenn der Mieter Ungeziefer einbringt.

Mieter vertraglich verboten worden, so kann ohne weiteres der Obervermieter dem Untervermieter den Befehl geben, zu sorgen, dass der Untermieter aus dem Hause kommt. Doch ist mit einem solchen Befehl dem Obervermieter dann nicht geholfen, wenn der Untermieter keine Anstalten macht, wegzuziehen. Es verfällt einfach die angedrohte Busse; die Effekten des Untermieters aber können nicht auf die Strasse gestellt werden. Der Befehl muss ihn schon selber treffen. Sehr häufig wird das obige Verfahren genügen und es ist für den Obervermieter auch bequemer, weil er sich nicht um den Untermieter kümmern muss, den er ja oft kaum dem Namen nach kennt.

Kann nun der Obervermieter dem Untermieter direkt einen Ausweisungsbefehl erteilen?

Der Untermieter hat gegenüber dem Obervermieter keinen Rechtsanspruch. Auf Ueberlassung der Mietsache kann er nur gegen den Untervermieter klagen. Der Obervermieter hingegen hat gegenüber dem Untermieter nach Art. 264,2 OR den Anspruch auf vertragsmässigen Gebrauch der Mietsache. Er hat das Recht, ihn direkt dazu anzuhalten (Art. 264,3 OR). Er kann ihm z. B. den Einzug in die Mietwohnung untersagen, wenn dieser mit Wanzen infizierte Möbel in die Wohnung einzubringen versucht. Ist nun die Untermiete untersagt, so ist jeder Gebrauch der Mietsache durch den Untermieter als vertragswidrig anzusehen. Deshalb ist es u. E. dem Obervermieter gestattet, dem Untermieter direkt den Ausweisungsbefehl zukommen zu lassen[143]. Ueber den entstandenen Schaden muss sich der Untermieter natürlich mit dem Untervermieter auseinandersetzen.

Zuletzt frägt es sich noch, ob ein Ausweisungsbefehl zulässig ist, wenn bloss vermutet wird, der Mieter könnte nicht ausziehen. Die Praxis bejaht dies[144]. Voraussetzung ist, dass eine begründete Gefahr besteht, dass der Mieter im gegebenen Zeitpunkte nicht ausziehen will[145] und der Vermieter ein rechtlich zu schützendes Interesse hat. Er kann z. B. die Wohnung auf den nächstfolgenden Tag schon vermietet haben. Bis er dann einen Befehl in den Händen hätte, wären bis zu dessen Vollzugsmöglichkeit schon ein paar Tage verstrichen. Mit Schadenersatz wäre ihm wenig geholfen, weil die beklagte Partei doch in den meisten Fällen mittellos ist.

---

[143] Becker N 9 zu Art. 264 OR.
Schönenberger N 12/13 zu Art. 264 OR.
BlHE Bd 12 S. 52.

[144] EKG 1940 No. 26.

[145] Diese Voraussetzung fehlte aber im obigen Falle (Anmerk. 144), indem der Mieter erklärte, er werde bestimmt ausziehen. Daher scheint uns doch dieser Entscheid etwas gewagt, weil er leicht zu Schikanen benützt werden kann.

Ferner rechtfertigt es sich unter diesen Umständen, dem Gesuchsteller die Kosten des Verfahrens zu überbinden. Es wäre unbillig, den Gesuchgegner damit belasten zu wollen, wenn er noch gar keinen Anlass zu einer solchen Verfügung gegeben hat[144].

Die heute bestehenden Vorschriften über die Wohnungsnot schränken die richterlichen Exmissionsbefehle in hohem Masse ein, da sie im grössten Teil des Kantonsgebietes Anwendung finden[146]. Neben dem Befehlsrichter steht nun noch die Administrativbehörde, die dem Richter eigentlich übergeordnet ist. Wird einer Partei auf Grund der oben dargestellten obligationenrechtlichen Bestimmungen gekündigt, so hat sie das Recht, die Ungerechtfertigkeit der Kündigung geltend zu machen[147]. Zuständig ist aber nicht der Befehlsrichter, sondern das Justizdepartement und im Rekursfalle der Regierungsrat[148]. Erklärt die Administrativbehörde die Kündigung gemäss den Vorschriften über die Wohnungsnot als ungerechtfertigt, so ist der Befehlsrichter an diesen Entscheid gebunden. Er kann dem Mieter keinen Ausweisungsbefehl erteilen, trotzdem die Voraussetzungen nach OR gegeben wären.

In Anbetracht dieser vorübergehenden Vorschriften empfiehlt es sich deshalb zur Vermeidung unnützer Befehle von erst in Zukunft wirkenden Exmissionsbefehlen abzusehen.

Nach der oben dargestellten Praxis könnte man schliessen, dass auch bei andern erst in Zukunft fälligen Ansprüchen das Befehlsverfahren Anwendung finden könnte. Ein Bedürfnis wäre sicher vorhanden[149]. U. E. würde aber eine solche Praxis viel zu weit führen. Ein solcher Befehl könnte höchstens dann in Frage kommen, wenn das ganze Verhalten des Schuldners als ein vertrags-

---

[146] BRB betr. Massnahmen gegen die Wohnungsnot vom 15. Okt. 1941. BRegR über die Massnahmen gegen die Wohnungsnot vom 28. Okt. 1941.

[147] BRB Art. 4,1: Eine nach OR gültige Kündigung des Mietvertrages durch den Vermieter kann auf Begehren des Mieters unzulässig erklärt werden, wenn sie nach den Umständen des Falles als ungerechtfertigt erscheint.

Art. 6: Die Kündigung ist insbes. ungerechtfertigt . . .

[148] Verfahren für die Unzulässigkeitserklärung einer Kündigung:
Art. 3 BRegR: Gesuch an den Gemeinderat zu Handen des Justizdep.
Art. 6 BRegR: Entscheid des Justizdep. als Kantonalbehörde unter Beschwerdemöglichkeit an den RegR.

[149] Ein Pächter ist z. B. verpflichtet, nach Auflösung des Vertrages, ein Fuder Heu, das er bei Antritt seiner Pacht übernommen hat, dem Verpächter wieder zur Verfügung zu stellen. Nun sieht aber der Verpächter, dass dies seinem Pächter unmöglich werden wird, weil er dieses Heu systematisch verfüttert und ziemlich ausgepfändet ist. Es steht fest, dass ein Schaden eintreten wird.

widriges angesehen werden könnte und dieses kausal zu einer späteren Nichterfüllung wäre [150].

Der Ausweisungsbefehl ist eine reine Vollstreckungsmassnahme. Der Richter kann diese Verfügung ohne jegliches Mitwirken des Mieters und Beklagten treffen. Der Vermieter muss nur ordentlicherweise gekündigt haben. Dann hat er einen Vollstreckungstitel für den Moment, wo der Mieter nach Ablauf der Kündigungsfrist keine Anstalten trifft, die Wohnung zu verlassen. Innert wenigen Stunden kann die Exekution vorgenommen werden. Vorher belästigt der Vermieter seinen Mieter in keiner Weise. Das Gegenteil wäre bei anderen Rechtsverhältnissen der Fall. Obwohl eine Forderung noch gar nicht fällig wäre, müsste der Beklagte trotzdem in das Verfahren hineingezogen werden. Vielleicht können Einreden geltend gemacht werden oder es bestehen besondere vertragliche Bestimmungen. Das alles müsste untersucht werden, bevor man überhaupt wüsste, ob der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommen würde. Problematisch wäre ferner die Formulierung des Befehls und seine Vollstreckung. Es müssten meistens Sicherungsmassnahmen vor der Fälligkeit des Anspruchs getroffen werden, die sich der Beklagte seiner Persönlichkeit wegen nicht gefallen lassen müsste. Weiter spricht für die Zulassung eines zukünftigen Ausweisungsbefehls die Tatsache, dass die Erhebung von Einreden selten sein wird. Das Gegenteil wäre bei anderen Rechtsverhältnissen zu sagen. Denken wir nur an diejenigen, die bei Rückgabebefehlen von Sachen geltend gemacht werden könnten, ferner an Befehle, die auf eine sonstige Erfüllung der Obligation lauten.

C. Die Voraussetzungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung

1. Art. 389 Ziff. 2 schreibt dem Bezirksgerichtspräsidenten die Anwendung des Befehlsverfahrens vor, wenn einer Partei die Rechtsverfolgung gesichert werden muss. Wir betreten hiermit das Gebiet der sog. vorläufigen oder einstweiligen Verfügungen. Sie können angeordnet werden, wenn eine Partei eine Streitsache in einem ordentlichen Rechtsstreite erledigen will, dem Streitgegenstand aber durch die Dauer des Prozesses ein erheblicher Schaden

---

[150] In unserem oben erwähnten Beispiel müsste der Pächter verpflichtet sein, das Fuder Heu aus dem Grasboden des Pachtobjektes zur Verfügung zu stellen und ein Ersatz mit fremdem Heu oder in Geld könnte nicht in Frage kommen. Trotzdem vermehrt er seinen Besitzstand und verkauft einen Teil des in Frage stehenden Heus. In kurzer Zeit sollte der Pachtvertrag zur Auflösung kommen. In diesem konkreten Fall ist das ganze Verhalten des Schuldners vertragswidrig und ein Befehl sollte möglich sein.

droht. Zweck der vorläufigen Verfügungen ist die einstweilige Regelung des Rechtszustandes von der Erhebung des Rechtsstreites bis zum Urteil. Sie bezwecken vor allem einen Schutz vor dem Rechte der stärkeren Partei. Wo ihre Bedeutung besonders hervortritt, haben solche vorläufige Anordnungen schon in den materiellen Gesetzen ihre Niederlegung gefunden. Dabei ist allerdings zu sagen, dass diese Massnahmen nach ZGB, OR und den verschiedenen Spezialgesetzen des Privatrechts [151] nicht immer der Sicherung der Rechtsverfolgung dienen müssen, sondern ganz allgemein der Regelung des gegenseitigen Verhältnisses zwischen den Parteien für die Dauer des Prozesses [152].

Das materielle Recht stellt hier eigentlich Prozessvorschriften auf. Sie haben wohl deshalb ihre Regelung darin gefunden, um ihre Anwendung sicherzustellen, was bei der Verschiedenheit der kantonalen Prozessordnungen auf diesem Gebiete fraglich erschien. Die St. Gallische Prozessordnung gibt nun dem Richter im Befehlsverfahren die Befugnis, einstweilige Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung in all denjenigen Fällen anzuordnen, wo das Bundesrecht etwas Derartiges im Speziellen nicht vorgesehen hat, die konkrete Rechtslage aber die Anwendung solcher Massnahmen notwendig macht. Häufig sind solche Verfügungen bei Rechtsstreitigkeiten im immateriellen Güterrecht. Denken wir nur an die ungerechtfertigte Führung einer Firma oder an die unzulässige Herstellung und Verbreitung von patentierten oder urheberrechtlich geschützten Sachen durch unbefugte Dritte [153]. Weiter dienen die vorläufigen Verfügungen der Sicherung bei drohenden Veräusserungen von streitigen Gegenständen, Wertpapieren, Titeln

---

[151] ZGB in Art. 145 vorsorgl. Massnahmen zur Durchführung der Ehescheidung.
Art. 598 Vorsorgl. Massnahmen bei der Erbschaftsklage.
Art. 960 Verfügungsbeschränkungen zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche usw.
OR in Art. 565,2; 603; 767,1 vorl. Entziehung der Vertretungsbefugnis.
Art. 625,2; 775,2; 831,2 vorsorgl. Massnahmen bei Auflösungsbegehren der Handelsgesellschaft durch einen Gesellschafter.
Art. 890,2 Vorl. Anord. für die Prozessdauer bei Anhebung der Abberufungsklage durch einen Genossenschafter. Usw.
PatG Art. 43; MSchG Art. 31; MMG Art. 28; URG Art. 52 u. 53; UWG Art. 9.

[152] Darum haben sie zu ihrer Durchführung mit wenigen Ausnahmen ihr eigenes Verfahren. Art. 374 ff. ZPO.

[153] z. B. in BesSchProt 1921—24 No. 63: Beschlagnahme von Grammophonplatten, die keine schweiz. Lizenzmarken getragen haben.

usw. durch die Gegenpartei, die wegen der Gutgläubigkeit von Dritten diesen nicht mehr abgenommen werden können. Diese Gefahr wird abgewendet durch Sequestrationsverfügungen [154], Sperrungen von Guthaben [155], Befehle an Grundbuch [156] und Handelsregister [157].

Sehr oft ist nun der Erlass von solchen Erkenntnissen von einer solchen Dringlichkeit, dass der klagenden Partei der Zeitbedarf für eine Klageeinreichung nicht mehr zugemutet werden kann. Deshalb gestattet unsere ZPO in Art. 389 Ziff. 2, dass die Rechtsverfolgung schon vor Erhebung des Rechtsstreites gesichert werden darf. Der Richter kann schon vor Rechtshängigkeit um den vorläufigen Schutz angegangen werden.

2. Was die Terminologie dieser Verfügungen anbetrifft, so ist zu sagen, dass unsere neue ZPO für sie keine spezielle Bezeichnung mehr hat. Die alte ZPO von 1900 nannte diese Anordnungen „vorläufige oder einstweilige Verfügungen" [158]. Unser neues Gesetz kennt nur noch den Namen „vorläufige Verfügungen". Es versteht darunter die notwendigen Verfügungen, die bei Dringlichkeit für die Dauer des summarischen Verfahrens schon nach Eingang des Begehrens ohne Einvernahme der Gegenpartei getroffen werden können (Art. 348 und 377 ZPO). Vorläufig sind sie in Hinsicht auf die erst folgende Schlussverfügung im summarischen Verfahren. (Näheres auf S. 103.)

Unsere Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung sind aber eigentliche und selbständige Verfügungen des summarischen Befehlsverfahrens. Einstweilig oder vorläufig sind diese aber in Hinsicht auf das Urteil im ordentlichen Verfahren. Wir wollen sie daher zum Unterschied zu den vorläufigen Verfügungen in Anlehnung an die alte ZPO „einstweilige Verfügungen" nennen.

Welches sind nun die Voraussetzungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung? Wenn wir diese Frage beantworten wollen, müssen wir zuerst den Begriff der Rechtsverfolgung klarlegen. Rechtsverfolgung ist hier rein prozessual zu verstehen. Sie bedeutet die

---

154 BesSchProt 1925—27 No. 37 u. 40. Amtliche Verwahrung eines Modells, weil Gefahr bestand, dass die beklagte Partei die entsprechende Erfindung ausbeuten könnte.

155 BesSchProt 1934—37 No. 41. Verfügungsverbot über 2 Schuldbriefe, weil die Gefahr einer Veräusserung bestand.

156 BesSchProt 1925—27 No. 22. Verfügungsbeschränkung mit dem Inhalt einer Hypothekenvormerkung zur Sicherung einer Erbquote.

157 BesSchProt 1938—39 No. 29. Begehren um Löschung einer neugegründeten Firma von einem Verwaltungspräsidenten, der ohne Einhaltung der Formvorschriften abgesetzt worden war.

158 Art. 269 a. ZPO.

Verfolgung irgend eines konkreten zivilrechtlichen Anspruches, einer ganz bestimmten Individualleistung auf dem Wege der ordentlichen Klage im Zivilprozess. Es sind vor allem diejenigen Fälle, bei denen es einer Partei an der Leistung als solcher gelegen ist und ein Ersatz in Geld nicht in Frage kommt. Sobald nun die Gefahr besteht, dass die Gegenpartei die Prozessdauer ausnützen wird, indem sie die Durchsetzung dieses zivilrechtlichen Anspruches durch unberechtigte Verfügung oder sonstiges Verhalten wider Treu und Glauben verunmöglicht, so kann der Kläger seinen Anspruch durch eine einstweilige Verfügung sichern. Als Voraussetzungen müssen wir eine Reihe von Umständen berücksichtigen.

3. Einmal muss nun diese vorläufige Massnahme mit dem verfolgten Rechte in einem bestimmten Zusammenhange stehen. Wir meinen hier die Konnexität zwischen dem summarischen und dem ordentlichen Verfahren. Einstweilige Verfügungen können sowohl vor, als auch nach Rechtshängigkeit der Klage getroffen werden. Daher spielt diese Frage in bezug auf die Begehren einer solchen Verfügung vor der Klageanhebung die grössere Rolle. Hier muss der Kläger wenigstens glaubhaft machen, dass ihm das Klagerecht überhaupt zusteht[159]. Allerdings soll der Richter dies nicht allzu strenge beurteilen und seine Verfügung nur verweigern, wenn diese Voraussetzung dem Gesuchsteller ganz offenbar fehlt[160]. Weiterhin muss der Richter zur Ueberzeugung kommen, dass der Kläger seinen Anspruch im ordentlichen Verfahren durchsetzen will und einigermassen Aussicht hat, mit seinem Begehren durchzudringen. Meistens sind aber diese Voraussetzungen auf Grund einer nur summarischen Kognition schwierig zu beurteilen. Deshalb soll der Richter die einstweilige Verfügung nur dann verweigern, wenn er die Klage auf den ersten Blick schon als völlig aussichtslos ansieht.

Der Wille, einen Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren durchzuführen, kann auch aus der Glaubhaftmachung der Ergreifung eines Rechtsmittels herausgelesen werden. Will aber der Kläger ein ausserordentliches Rechtsmittel geltend machen, so muss der Richter in diesem Falle genau untersuchen, ob Aussicht, darauf einzutreten besteht oder nicht[161]. Je nach dem Ergebnis seiner

---

[159] BlHE 11/277. Begehren eines Veräusserungsverbotes auf eine Liegenschaft, lange bevor die Legitimation zur Anfechtungsklage nach SchKG Art. 285 gegeben war.

[160] Wenn z. B. der Kläger, der nur im Besitz von Genussscheinen ist, einen G. V.-Beschluss einer A.-G. nach Art. 706 OR anfechten und vorher seinen Anspruch durch eine einstweilige Verfügung sichern will.

[161] Ueber die Frage der Zuständigkeit des St. Gallischen Richters bei der Glaubhaftmachung der Ergreifung eines Rechtsmittels an das Bundesgericht siehe die Ausführungen auf S. 95 dieser Arbeit.

Untersuchung wird er in positiver oder negativer Weise entscheiden.

Bei der schon rechtshängigen Klage verlangt das Prinzip der Konnexität, dass die zu treffende Massnahme überhaupt notwendig und geeignet ist, dem Kläger die Rechtsverfolgung zu sichern. Die Verfügung muss den reinen Zweck haben, den Streitgegenstand zu schützen und darf nicht irgend einen Nebenvorteil bezwecken. Auch hier gelten die Grundsätze über Treu und Glauben, deren Berücksichtigung hier vielleicht mehr als an andern Orten am Platze ist.

4. Liegt der Zusammenhang zwischen der einstweiligen Verfügung und der Klage vor, so bildet die Gefährdung des Streitgegenstandes eine weitere Voraussetzung. Es ist nun möglich, dass der Streitgegenstand in doppelter Weise bedroht sein kann. Einmal besteht die Gefahr seiner Veränderung, Beschädigung oder seines Unterganges in körperlicher Hinsicht. Denken wir nur an Streitigkeiten über wirtschaftlich wertvolle und rare Verbrauchsartikel, die bis zur Beendigung des ordentlichen Prozesses aufgebraucht und nicht mehr oder nur sehr schwer ersetzbar wären. Wenn auch die klagende Partei den Prozess gewinnt, so nützt ihr das Urteil nichts mehr. Davor soll sie sich schützen können. Das Mittel dazu ist eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalte eines Verfügungsverbotes über einen solchen Gegenstand oder einer Verwahrung desselben bei einem Dritten.

Bedeutend häufiger sind diejenigen Fälle, bei denen der Streitgegenstand in rechtlicher Hinsicht gefährdet ist[162]. Es besteht Gefahr einer Veräusserung oder Verpfändung der Streitsache während der Prozessdauer. Nach einem obsiegenden Urteil müsste der Kläger konstatieren, dass ein Dritter die Streitsache erworben hat, ohne ihm diese seiner Gutgläubigkeit wegen wieder abfordern zu können.

Eine sehr grosse Rolle spielt die Gefährdung des Streitgegenin rechtlicher Hinsicht im immateriellen Güterrechte. Bei Patentverletzungen, Urheberrechtsverletzungen usw. wird das Recht an der alleinigen Herstellung von patentierten, bzw. urheberrechtlich geschützten Sachen im hohen Masse gefährdet, wenn Dritte sie während der Prozessdauer uneingeschränkt herstellen können. Es

---

[162] Vgl. insbesondere den Fall, wo eine Gefährdung des Streitgegenstandes in körperlicher und rechtlicher Hinsicht bestand. BesSchProf 1934—37 No. 62: Eine Firma hatte einem Vertreter einen Spielapparat zur Verfügung anvertraut. Dieser liess ihn in einem Restaurant einfach stehen, wo er mancher Beschädigung ausgesetzt war. Die Firma verlangte den Apparat zurück, um weitere Modelle herzustellen, da sie dies nur auf Grund des Musters konnte. Es bestand ferner die Gefahr einer unrechtmässigen Veräusserung durch den Vertreter.

muss ihnen das deshalb so schnell als möglich verboten werden. Sonst werden diese Rechte alle illusorisch.

Die Gefährdung in körperlicher und rechtlicher Hinsicht muss eine unmittelbare sein. Darum müssen die Verfügungen schon vor der Rechtshängigkeit oder dann unmittelbar nachher getroffen werden. Es wird aber auch Fälle geben, wo durch äussere Umstände eine unerwartete Gefahr auftreten kann. Das zeigt sich vor allem, wenn sich bei der Weiterziehung eines erstinstanzlichen Urteils die tatsächlichen Verhältnisse plötzlich ändern und eine einstweilige Verfügung notwendig machen.

5. Auch bei reinen Feststellungsklagen sind einstweilige Verfügungen möglich, obwohl hier von einer Gefährdung des Streitgegenstandes kaum gesprochen werden kann. Streitgegenstand ist hier ja das Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Es wird einfach durch Urteil festgestellt, dass zwischen bestimmten Parteien ein Rechtsverhältnis besteht und sich daraus verschiedene Ansprüche ergeben. Diese Ansprüche können aber schon vor oder nach der Rechtshängigkeit der Feststellungsklage gefährdet sein. Es streiten sich z. B. verschiedene Parteien um eine von einem Verkäufer mehrmals verkaufte Sache. Eine Klage auf Leistung ist unmöglich, weil der Kaufgegenstand erst später übergeben werden muss; aber es besteht ein grosses Interesse an der Feststellung, wem er gehören soll. Damit nun der Verkäufer die Prozessdauer nicht zur unrechtmässigen Veräusserung benützen kann, sichert der Richter dieses Kaufsobjekt durch eine einstweilige Verfügung, indem er es z. B. bei einem Dritten verwahren lässt[163].

6. Mit der Gefährdung des Streitgegenstandes ist meistens eine drohende Schadenszufügung verbunden. Das Mass der Gefährdung muss so hoch sein, dass durch die drohende Veränderung des Streitgegenstandes in körperlicher oder rechtlicher Hinsicht dem Kläger ein grosser Schaden entsteht, der kaum in Geld zu ersetzen ist. Er will eben die individuell bestimmte Leistung, die Durchsetzung des individuell bestimmten Anspruchs. Er will z. B. genau dieses Grundstück haben und nicht irgend einen Ersatz in Geld, oder sein Anspruch geht auf unbedingte Anerkennung seines Urheberrechtes. Darum kann er es nicht dulden, dass während der langen Prozessdauer sein Prozessgegner weiterhin sein Werk herausgibt und verbreitet.

7. Wir müssen bei dieser Gelegenheit nochmals betonen, dass eine einstweilige Verfügung nicht der Sicherung der materiellen Rechtsverfolgung dienen darf. Das Befehlsverfahren ist nicht dazu da, um die Vollstreckung noch streitiger Forderungsansprüche

---

[163] Weitere Beispiele: VR I 1830.
VR II 919.

sicherzustellen[164]. Dazu haben wir, sofern ein Anspruch nach Art. 271 SchKG vorliegt, das schuldbetreibungsrechtliche Institut des Arrestes. Diese Sicherstellung hat als wichtigste Voraussetzung das Vorhandensein eines Arrestgrundes. Darum ist es unzulässig, im Befehlsverfahren einen Anspruch auf Bezahlung eines Kaufgegenstandes durch Sperrung eines Guthabens auf der Bank des Beklagten sicherzustellen[165].

Die Praxis zeigt uns, dass diese Sperre von Guthaben als einstweilige Verfügungen eine grosse Rolle spielen. Wo liegt nun der Unterschied zum Arrest?

Der Arrest nach Art. 271 SchKG bezweckt und regelt die Sicherung verfallener Forderungen durch eine allgemeine Beschlagnahme des Vermögens des Schuldners in einem dem Forderungsbetrage entsprechenden Werte und zwar als selbständige Massnahme, die eine vorherige rechtliche Geltendmachung der betreffenden Forderung nicht voraussetzt[166]. Voraussetzung für diese Sicherung ist das Vorhandensein eines Arrestgrundes. Sonst dürfen solche Forderungen nicht gesichert werden, da die Arrestgründe abschliessend aufgezählt sind. Eine Ausdehnung auf alle erreichbaren Vermögensstücke des Schuldners ist erlaubt, da der Gläubiger im Umfange seiner Forderung gedeckt werden soll.

Die einstweilige Verfügung im Sinne einer Sperrung oder Sequestration will nur die Sicherstellung derjenigen individuell bestimmten Vermögensobjekte, auf die der streitige Rechtsanspruch sich bezieht. Er bezweckt die Sicherung der Vollstreckung dieses Anspruchs für den Fall seines gerichtlichen Schutzes[166]. Die eidgenössischen und die kantonalen Rechtsnormen betreffen demnach Vermögensobjekte, auf die der streitige Rechtsanspruch sich bezieht. Er bezweckt die Sicherung der Vollstreckung dieses Anspruchs für den Fall seines gerichtlichen Schutzes[166]. Die eidgenössischen und die kantonalen Rechtsnormen betreffen demnach zwei an sich nach Voraussetzung und Zweckbestimmung wesentlich verschiedene Maßnahmen. Im einen Falle haben wir die Sicherung in bezug auf eine Geldforderung, im andern Fall diejenige des Streitgegenstandes selbst. Die einst-

---

[164] Vgl. auch diesen Grundsatz in BlZüR 27/18.

[165] Vgl. den falschen Entscheid des Bezirksamtes in BesSchProt 1934—37 No. 63.

[166] BGE 38 I 510.
Weitere Unterschiede bei Jäger II S. 295.
BGE 26 I 56; 41 I 204.
BesSchProt 1934—37 No. 17 u. 18.
EJustDep vom 14. Jan. 1935.
VR III 647.
BlZüR 1/279; 4/204; 9/74; 10/56; 11/68; 222.

weilige Verfügung bezieht sich nur auf einen bestimmten Gegenstand. Es wird ein ganz bestimmtes Wertpapier beschlagnahmt oder ein genau umschriebenes Guthaben gesperrt. Es wird nicht die Sicherstellung einer Forderung durch ein Verfügungsverbot bezüglich genügender Vermögenswerte bezweckt, wobei auf die Art derselben kein Gewicht gelegt wird und nur ihr Verkaufswert in Berücksichtigung fällt, sondern der Streitgegenstand als solcher wird durch dessen Beschlagnahme oder Sperrung gesichert [167]. Auf die weiteren Unterschiede braucht nicht hingewiesen zu werden, da sie klar sind und für unseren Streitfall keine weitere Bedeutung haben [168].

Fassen wir also zusammen: Eine einstweilige Verfügung kann nach Art. 389 Ziff. 2 immer dann getroffen werden, wenn die Massnahme im Zusammenhang mit der Klage steht und der auf eine Individualleistung gerichtete Anspruch in körperlicher und rechtlicher Hinsicht mittelbar oder unmittelbar so gefährdet ist, dass durch eine physische oder rechtliche Veränderung der Streitgegenstand in erheblicher Weise geschädigt würde.

8. Etwas anderes ist es, wenn bis zur Rechtshängigkeit die Möglichkeit besteht, einen Geldanspruch durch Veränderung oder Vertuschung von Beweismitteln zu gefährden. In einem solchen Falle ist eben die Feststellung des Anspruches in Frage gestellt, weil ihn die Gegenpartei durch unlautere Manipulationen illusorisch zu machen sucht und dieser Anspruch in den meisten Fällen nur sehr schwer nachweisbar ist. Wir haben für den drohenden Verlust von

---

[167] Beispiel für das Vorliegen eines Arrestes: Geltendmachung einer Kaufpreisforderung für 2 Autos. Arrestlegung auf dieselben wegen Zahlungsunfähigkeit des Käufers. Der Arrestgrund ist vorhanden, ferner die Sicherstellung einer Forderung durch irgend einen Gegenstand, um zum Gelde zu kommen. Es ist der klagenden Partei nicht an den Autos als solchen gelegen, sondern einfach an deren Wert. In diesem Falle kann somit eine einstweilige Verfügung nicht in Frage kommen. Beispiel für eine einweilige Verfügung: Sperrung eines Werttitels, der einen individuellen Wert besitzt. Hier spielt die Art der Sicherung eine wesentliche Rolle. Es will der Werttitel als solcher geschützt werden, weil mit ihm die Aktionärqualität mit dem Mitspracherecht, dem Recht auf Dividende usw. verbunden ist.

[168] Der Unterschied in der Gefährdung, gegen welche die Massnahme schützen soll. Der Arrest dient zum Schutze gegen die Gefahr der Zukunft, die einstweilige Verfügung gegen die der Gegenwart (Hellwig II S. 454; Stein II S. 936 ff.).
Dann der Unterschied in der Exekution. Der durch die einstweilige Verfügung getroffene Gegenstand wird gesperrt oder sequestriert, um nachher vom Berechtigten mit dem Urteil herausverlangt werden zu können. Die verarrestierte Sache hingegen kann nur noch versteigert werden.

Beweismitteln das Institut der „Sicherstellung gefährdeter Beweise" nach Art. 399 ff. Auf ein schriftliches und begründetes Begehren können vorsorglich Zeugen einvernommen, ein Augenschein abgehalten oder eine Expertise angeordnet werden. Das Gesetz erwähnt die vorsorgliche Herausgabe von Urkunden zu Beweiszwecken nicht. U. E. ist die Aufzählung in Art. 399 ZPO eine abschliessende. Urkunden fallen demnach nicht darunter. Im Beweisverfahren finden wir ebenfalls nichts über eine Herausverlangung von Urkunden vor der Rechtshängigkeit[169]. Und doch wird es Fälle geben, wo diese Massnahme unbedingt nötig sein wird[170]. Deshalb sollten auch hier solche rein vermögensrechtliche Ansprüche durch einstweilige Verfügungen im Befehlsverfahren gesichert werden können; denn diese Sicherung besteht ja nicht in der Verhinderung einer Verschlechterung der Vermögenslage des Prozessgegners, sondern in der Verhütung einer unrechtmässigen Veränderung eines wesentlichen Beweismittels. Leider zeigt uns die neueste Praxis keine Hinweise; aber sie wird notwendigerweise diesen Weg einschlagen müssen[171].

9. Zu erwähnen bleibt noch, dass eine Verfügung zur Sicherung der Rechtsverfolgung unabhängig von Art. 59,1 BV getroffen werden kann[172]. Es ist deshalb möglich, beim Richter der gelegenen Sache z. B. ein Guthaben sperren zu lassen, obwohl für die Erledigung des ordentlichen Streites der Richter des vom Ort der gelegenen Sache verschiedenen Wohnsitzes des Gesuchgegners zuständig ist (Näheres auf S. 90). Das lässt sich schon aus dem vorher dargestellten prinzipiellen Unterschiede zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung ableiten[173], ferner aus der Tatsache, dass

---

[169] Anders die ZüZPO in § 292 Ziff. 5;
BlZüR 27/192.

[170] Denken wir nur an folgenden Fall:
Ein Provisionsreisender hat seiner Firma gegenüber einen Provisionsanspruch, der aber nur beweisbar ist, wenn er Einsicht in die Buchhaltung der Firma bekommt. Wartet er aber, bis er diese im Editionsbegehren zur Einsicht verlangen kann, so hat bis dahin sein Prozessgegner, wenn er unehrlich ist, die Buchhaltung bereits zu seinen Gunsten „bereinigt". Dadurch besteht die Gefahr, dass der Anspruch des Klägers hinfällig wird. Mit einer vorsorglichen Herausgabe besteht die Möglichkeit, dies zu verhüten.

[171] Die Praxis unter der alten ZPO zeigt uns einen Fall in BesSchProt 1921—24 No. 27, wo ein Kommissionär zur Berechnung seiner Kommission vorsorglich die Fakturen beim Komitenten herausverlangen konnte. (Art. 426 OR).

[172] Burckhardt Kom. Bemerkungen zu Art. 59.
BGE 9 III 43; 17 III 38; 18 III 41; 41 I 204.
BlZüR 4/204.

[173] Siehe S. 70.

bei Begehren um eine einstweilige Verfügung vor Rechtshängigkeit der Klage, dem Kläger nach Art. 394,1 ZPO eine Frist zur Klageanhebung gegeben werden soll, ansonst die Verfügung ohne weiteres dahinfällt. Somit wäre eine solche Massnahme nur von kurzer Dauer, die für den Beklagten tragbar sein sollte.

10. Sehr oft wird eine Sicherung der Rechtsverfolgung nur erreicht, wenn Befehle an Dritte, besonders an das Grundbuch-, Handelsregister- oder eidgenössische Amt für geistiges Eigentum usw. gegeben werden. Diese Befehle bedeuten indes keine Durchbrechung unseres Grundsatzes der Nichtanwendbarkeit des Befehlsverfahrens gegenüber Behörden mit öffentlichrechtlichen Funktionen. Diese Aemter sind wohl öffentlichrechtliche Institutionen, die der Gesetzgeber aber in den Dienst der privaten sachenrechtlichen, handelsrechtlichen und immateriellen güterrechtlichen Verhältnisse gestellt hat, weil die meistens auf lange Sicht begründeten Rechtsverhältnisse von grosser Bedeutung sind. Grundbuchverwalter und Handelsregisterführer vor allem, begründen, ändern und heben durch ihren Eintrag Privatrechtsverhältnisse auf.

Neben dieser Tätigkeit im Dienste des Privatrechts üben diese Aemter auch öffentlichrechtliche Funktionen aus, aber nur in bezug auf ihre Rechte und Pflichten. Denken wir nur an die Prüfungspflicht der Akten, an die Voraussetzungen für eine Verweigerung der Eintragung, an die Führungspflicht der Bücher usw. Eine Vernachlässigung dieser Pflichten muss indessen gemäss unserem Grundsatze [174] durch Beschwerde an die entsprechende Aufsichtsbehörde gerügt werden und nicht etwa mit Hilfe des Befehlsverfahrens. Seine Anwendung liegt in diesem Zusammenhange an einem anderen Ort.

Art. 32 HRegV regelt das privatrechtliche Einspracherecht gegenüber Eintragungen im Handelsregister. Er unterscheidet zwischen einem Einspruch gegen einen noch nicht vollzogenen Eintrag (Art. 32,2 HRegV) und demjenigen gegen eine bereits vollzogene Eintragung (Art. 32,1 HRegV). Im ersten Falle setzt der Handelsregisterführer dem Einsprechenden eine Frist von einem Monat zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung beim Richter. Untersagt der Richter innerhalb dieser Frist die Eintragung nicht, so muss sie der Handelsregisterführer vornehmen, sofern ihre formellen Voraussetzungen vorhanden sind. Diese vorsorgliche Verfügung erlässt nun der Richter nicht etwa auf Grund der Bestimmungen über das Befehlsverfahren, sondern auf Grund der speziellen Normen des Art. 48 Ziff. 6 ZPO in Verbindung mit Art. 376 ff. ZPO. Er urteilt über ein solches Begehren abschliessend ohne Berufungsmöglichkeit.

Richtet sich nun der Einspruch gegen einen bereits vollzogenen

---

[174] Siehe S. 29.

Eintrag, so muss ihn der Einsprecher in motivierter Eingabe vor dem Handelsregisterführer geltend machen. Beruft er sich dabei auf die Vorschriften, die der Handelsregisterführer von Amtes wegen zu beachten hat (Art. 940 OR, Art. 21 HRegV)[175], so entscheidet der Registerführer selbst über den Einspruch des Dritten. Gegen diesen Entscheid kann der Dritte Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde, bzw. an das Bundesgericht erheben. Wird aber die Eintragung aus anderen Gründen angefochten, wie z. B. wegen Gesetzesbestimmungen dispositiven Rechts oder Vorschriften, die zwar zwingend sind, aber lediglich dem Schutz der Privatinteressen dienen, die der Handelsregisterführer nicht von Amtes wegen zu beachten hat, so muss er den Einsprecher an den Richter weisen, Art. 32,1 HRegV[176]. Hier kann unter Umständen das Befehlsverfahren zur Anwendung kommen, wenn der einsprechende Dritte vor dem Richter einen Prozess gegen eine vollzogene Eintragung anstrengt und während dieser Dauer die für ihn verheerende Wirkung eines Eintrages durch eine einstweilige Verfügung gemäss Art. 389 Ziff. 2 sistieren lassen will[177]. Die Praxis lässt eine solche Massnahme zu[178], wenn man sie auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht ohne Bedenken hinnehmen kann. Denken wir nur an die Wirkungen eines solchen Eintrages, der mittelst einer einstweiligen Verfügung zu Gunsten einer Privatperson aufgehoben oder bestätigt werden soll. Aus diesen Gründen muss der Richter mit Rücksicht auf die Allgemeinheit nur dann

---

[175] Z. B. Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch einen nicht eingeladenen Aktionär, gemäss Art. 706 OR.

[176] Sehr oft wird es aber streitig sein, ob es sich um Vorschriften handelt, die der Handelsregisterführer von Amtes wegen zu beobachten hat. Vgl. den unveröffentl. BGE 1. Zivilabt. vom 22. Nov. 1939 über die Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Handelsregisterführer und Richter in diesen Fällen.
Ferner His Kom. N 70—77 zu Art. 940 OR.

[177] Beispiel: Ein Verwaltungsratsmitglied einer A.-G. wurde nach Ansicht des einsprechenden Aktionärs zu Unrecht eingetragen, obwohl der Handelsregisterführer seiner Prüfungspflicht gemäss Art. 940 OR ordnungsgemäss nachgekommen ist. Er ruft den Richter auf Grund von Art. 32,1 HRegV zum Entscheide an und verlangt, weil dieser Eintrag für ihn sehr nachteilig ist, eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalte, dass der Eintrag bis zum definitiven Entscheide des Richters sistiert werde.

[178] His Kom. N 10 zu Art. 940 OR.
Aus der Praxis der Handelsregisterbehörden in ZBJV 64 S. 379.
E. v. Steiger. Die Stellung des HRF im Falle von Einsprachen gegen formell richtig angemeldete Eintragungen in SchwAG 6 S. 85.
Die Praxis im Kanton St. Gallen zeigt keine derartigen Entscheide.

einen vollzogenen Eintrag durch eine einstweilige Verfügung sistieren, wenn sich ihm auf Grund seiner summarischen Kognition diese Massnahme aufdrängt und er mit aller Wahrscheinlichkeit annehmen kann, dass der Prozess im Sinne der einstweiligen Verfügung entschieden werden wird.

Welches sind nun die Voraussetzungen für einen Befehl an das Grundbuchamt? Wir kommen hier zu der Frage der Grundbuchsperre. Eine sog. Kanzleisperre im Sinne einer Anweisung an den Grundbuchführer, auf einem bestimmten Blatte keine Buchungen mehr vorzunehmen bis zum definitiven Entscheide, hat die st. gallische Gerichtspraxis eigentlich nie gekannt. Das ZGB kennt diese vollständige Kanzleisperre auch nicht und es würde sich fragen, ob das kantonale Recht eine solche einführen dürfte [179].

Dagegen kennt das ZGB in Art. 960 eine materiellrechtliche Beschränkung in dem Sinne, dass eine sonst verfügungsberechtigte Person gehindert werden kann, von ihrem Verfügungsrecht Gebrauch zu machen. Diese Hinderung geschieht durch einen Befehl im Befehlsverfahren. Für uns spielt die 1. Ziff. des Art. 960 ZGB eine Rolle: Die Verfügungsbeschränkung zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche. Wichtigste Voraussetzung ist, dass der vormerkbare Anspruch ein bestimmtes Grundstück zum Gegenstand haben und sich im Falle der endgültigen Durchsetzung grundbuchlich auswirken muss. Geldansprüche können daher nicht vorgemerkt werden [180]. Häufig sind es Ansprüche auf Eigentumsübertragung, sei es aus Kaufverträgen, Kaufs- oder Vorkaufsrechten [181], Vermächtnis [182] oder ehelichem Güterrecht; dann in Ansprüchen auf Dienstbarkeits- oder Grundlasterrichtung, Pfandbestellungen [183], aus paulianischer Anfechtung [184] oder aber in Vormerkung persönlicher Rechte nach Art. 959 ZGB.

Der Anspruch muss wie gesagt streitig oder vollziehbar sein. Streitig ist er, wenn der Schuldner sein Vorhandensein bestreitet oder erklärt, nicht leisten zu können oder zu wollen. Vollziehbar ist der Anspruch, wenn er fällig ist. Als weitere Voraussetzung

---

[179] Gegen die Zulassung einer Kanzleisperre vgl. Wieland Bem. 2 zu Art. 960; Ostertag Bem. 3/4 zu Art. 960; Schönberg S. 65, Homberger N 2—6 zu Art. 960; SJZ 11 S. 58; 10 S. 349; ZBGR 5 S. 142, 154.

Für deren Zulassung: Zürich, Sträuli Kom. N 4 zu § 292; BlZüR 18/29; 24/185; ZBGR 5 S. 162; 7 S. 348. Leemann Grundbuchsperren nach kant. Prozessrecht. SJZ 23 S. 209.

[180] BlZüR 30/60; ZBJV 71 S. 736; ZBGR 9 S. 15.

[181] EAppR vom 2. Juli 1942.

[182] EAppR vom 3. Juni 1942.

[183] ZBJV Bd 64 S. 525.

[184] SJZ Bd 25 S. 216; Bd 27 S. 184.

könnte noch eine Kautionsleistung nach Art. 394 ZPO in Frage kommen, wenn der Richter findet, dass durch die Verfügung ein eventueller Schaden für die Gegenpartei entstehen könnte. Hat nun der Richter die Auffassung, dass ein solcher Anspruch gesichert werden muss und liegen die Voraussetzungen vor, so erlässt er an den Grundbuchführer den Befehl mit dem Inhalte, den Anspruch im Grundbuch vorzumerken. Dies ist die Realisierung der in Art. 960 Ziff. 1 erwähnten „amtlichen Anordnung". Die Wirkung dieses Befehls besteht darin, dass der Anspruch Dritten gegenüber wirksam wird, die ein dem Anspruch entgegengesetztes Recht erwerben wollen. Nach der Vormerkung eingetragene Rechte am Grundstück oder vorgemerkte Rechte ähnlicher Art müssen zurücktreten. Der Schuldner bleibt verfügungsfähig, aber nur in dem Umfang, als er dem vorgemerkten Anspruch nicht zuwiderhandelt. Das vorgemerkte Recht bleibt ein persönliches, hat aber dingliche Nebenwirkungen.

III. Subjektive Voraussetzungen

A. Die Bezeichnung der Parteien und ihrer Ansprüche in formeller Hinsicht

Die ZPO nennt in Art. 394 die Partei, die einen Befehl erlangen will, Gesuchsteller. Die Gegenpartei wird von ihr nicht bezeichnet; sie ist üblicherweise Gesuchgegner zu nennen.

Die Gerichtspraxis gebraucht vielfach die aus dem Lateinischen stammenden Namen Impetrant und Impetrat. Impetrant ist diejenige Partei, die im Prozesse auf ihr Vorbringen eine Verfügung gegen die Gegenpartei, den Impetraten, bewirkt. Diese Bezeichnungen sind vom summarischen Prozesse des gemeinen Rechts übernommen worden. Was diese Bezeichnungen anbetrifft, so müssen wir sagen, dass diejenigen des Gesetzes am ehesten für die einstweilige Verfügungen verlangende Partei passen, während uns diejenigen der Gerichtspraxis altertümlich und fremd vorkommen. Wir halten uns deshalb im folgenden an die gesetzlichen Bezeichnungen und nennen diejenige Partei, die einen Befehl erwirken will, Gesuchsteller und die Gegenpartei Gesuchgegner.

Das Gesuch als solches nennt die ZPO in Art. 390,1 in Verbindung mit Art. 374 formell Begehren. Die ZüZPO [185] geht weiter und bezeichnet die Parteien als Kläger und Beklagte. Das Begehren wird logischerweise Klage genannt. Für diese Bezeich-

[185] §§ 278; 279; 281; 282; 288 usw. ZüZPO; BlZüR 9/168; 13/52. Siehe Baur S. 22.

nungen können wir uns nicht entscheiden, sind doch Kläger, Beklagter und Klage Begriffe, die nur im ordentlichen Verfahren angewendet werden dürfen, weil eben nur dort ein Anspruch definitiv entschieden werden kann.

B. Die Legitimation zur Sache

Damit das Begehren im Befehlsverfahren einen Erfolg hat, muss es einmal von der richtigen Person angestrengt werden und ferner an die richtige Person gerichtet sein. Man spricht hier von der Aktiv- und Passivlegitimation, je nachdem der einen Partei als Gesuchstellerin ein konkreter Anspruch gegen die andere als Gesuchgegnerin zusteht. Diese Legitimation zur Sache ist Prozessvoraussetzung. Ihr Fehlen hat Abweisung des Begehrens zur Folge. Der Anspruch als solcher mag trotzdem weiterbestehen, aber nicht zwischen den abgewiesenen Parteien, sondern für oder gegen eine andere Person.

Die Frage, wem nun diese Legitimation zukommt, löst das materielle Recht. Es sagt aus, wer in einem bestimmten Rechtsverhältnis als Kläger oder als Beklagter auftreten kann. Es würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, wenn wir hier alle Probleme des materiellen Rechts behandeln würden.

Einzig eine Frage muss in diesem Zusammenhange noch beantwortet werden. Kann ein Befehl auch an eine dritte Person gerichtet werden, die an und für sich mit dem Prozesse gar nichts zu tun hat? Wir haben gesehen, dass Befehle an Handelsregister- und Grundbuchämter ohne weiteres zulässig sind[186]. Die Praxis verlangt aber auch deren Statthaftigkeit auf Personen, die namentlich Vermögensgegenstände der einen Partei in Verwahrung haben oder in Verwahrung bekommen sollen. Nehmen wir an, dass zwei Parteien über eine Liegenschaft einen Kaufvertrag abgeschlossen haben. Der Käufer und Kläger macht Kaufpreisminderung geltend und verlangt dabei die Rückgabe seiner zur Kaufpreissicherung bestellten Schuldbriefe. Um dem Verkäufer jede Verfügungsmöglichkeit über diese Sicherheiten zu entziehen, verlangt der Kläger zur Wahrung seiner Rechte einen Befehl an die Bank mit dem Inhalte bis zur Erledigung des Streites die Schuldbriefe nicht mehr herauszugeben[187] [188].

---

[186] Vgl. die Ausführungen auf S. 74 dieser Arbeit.

[187] BesSchProt 1934—37 No. 41.

[188] Ein weiteres Beispiel: Ein Verkäufer sendet Ware nach Uebersee. Sie wird dort nicht angenommen und kommt wieder zurück mit ausserordentlich grossen Speditionsspesen. Das Geschäftsinteresse des Verkäufers verlangt, dass die Ware sofort wieder zur Verfügung steht. Um diesen Zweck zu erreichen, muss der Verkäufer die Nach-

Die Praxis[189] hat ohne weiteres die Zulässigkeit solcher Befehle anerkannt; denn sonst würde in sehr vielen Fällen eine Sicherung der Rechtsverfogung gar nicht erreicht werden. Der Streitgegenstand muss auf jeden Fall gesichert werden können, mag er sich nun bei der Gegenpartei oder sonst irgendwo befinden. Würde sich der Befehl nur an die Gegenpartei richten, so könnte sie trotzdem über den Streitgegenstand verfügen. Es würde einfach die Busse verfallen und die Entstehung eines grossen Schadens wäre für die klägerische Partei meistens unumgänglich.

Unzulässig ist es aber, wenn eine Partei einen Dritten durch Befehl zwingen will, ihren Vertragsinhalt mit der Gegenpartei zu beachten[190]. Das geht natürlich nicht. Verträge zeigen keine dinglichen Wirkungen. Sie gelten nur zwischen den bestimmten Personen, die an einem Vertrag beteiligt sind. Darum kann einem unbeteiligten Dritten nicht befohlen werden, einen für ihn nicht verbindlichen Vertragsinhalt zu berücksichtigen.

C. Die Legitimation zum Verfahren

1. Die Partei- und Prozessfähigkeit

Die Parteifähigkeit richtet sich nach der Rechtsfähigkeit. Wer rechtsfähig ist, sagt das Zivilrecht. In bezug auf das Befehlsverfahren bedarf somit dieser Grundsatz keiner Behandlung.

---

nahme bei der Güterexpedition einlösen. Zugleich will er aber die übertriebene Berechnung der Spesen beanstanden. Das gelingt ihm aber nur, wenn der Nachnahmebetrag vorläufig bei der Güterexpedition bleibt. Abhilfe kann hier einzig ein Befehl an dieselbe mit dem Inhalte einer Sperre der Nachnahmegebühren bringen. Er erreicht damit, dass er über seine Ware wieder verfügen kann. Ferner ist ihm die Möglichkeit zur Beanstandung des Nachnahmebetrages gegeben, ohne Gefahr zu laufen, dass der Betrag nach Uebersee kommt und für ihn verloren geht. (BesSchProt 1921—24 No. 51).

189 Weitere Fälle in
BesSchProt 1921—24 No. 5. Sperrung einer Nachnahme bei der Güterexpedition.
BesSchProt 1921—24 No. 35. Verbot an eine Bank, Zahlungen zu machen.
BesSchProt 1925—27 No. 9. Befehl an einen Heueinlagerer, das Heu nicht herauszugeben.
Befehlssachen Zü Nov.-Dez. 1937 S. 6281. Sperrung eines Bankscheckkontos.

190 Beispiel: Eine Filmlieferungsgesellschaft verpflichtet sich einem Kinobesitzer gegenüber, ihn bei der Lieferung einer bestimmten Filmart zu bevorzugen. Die Gesellschaft kommt ihrer Verpflichtung nicht nach, indem sie diese Art zuerst einem Konkurrenzunternehmen am

Die Prozessfähigkeit ist die prozessuale Handlungsfähigkeit. Es gelten hier die Grundsätze des allgemeinen Verfahrens, die die ZPO in Art. 99 ff. aufgestellt hat. Wir werden hier nicht näher darauf eintreten.

2. Die Mehrheit der Parteien

Die ZPO gestattet mehreren Personen zusammen als Streitgenossen aufzutreten. Ein Kläger kann einen Anspruch gegen mehrere Beklagte verfechten, dann haben wir den Fall einer passiven Streitgenossenschaft oder mehrere Kläger können einen Anspruch gegen einen Beklagten geltend machen, dann liegt aktive Streitgenossenschaft vor. Die ZPO regelt diese Verhältnisse in den Art. 103 bis 107. Sie kennt dabei sowohl die materielle wie die formelle Streitgenossenschaft. Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn das streitige Recht oder die streitige Verpflichtung ihnen gemeinsam zukommt[191] [192].

Nach Art. 103,2 ZPO können aber auch mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden. In diesen Fällen sprechen wir dann von aktiver, bzw. passiver formeller Streitgenossenschaft[193] [194].

---

gleichen Orte liefert. Nun will der Kinobesitzer dem Konkurrenzunternehmen die Aufführung des Filmes untersagen lassen. (BesSchProt 1925—27 No. 42).

[191] Beispiel für eine aktive materielle Streitgenossenschaft: Ein Grundeigentümer, der mit 8 anderen Miteigentümern Anteilsrechte an einem Brunnen besitzt, versucht durch Erstellung einer Röhrenanlage den Ueberlauf der Brunnenstube seinem Hause zuzuleiten. Seine Miteigentümer lassen ihm die Veränderung des bisherigen Ablaufes durch Amtsbefehl untersagen. (VR II 985).

[192] Beispiel für eine passive materielle Streitgenossenschaft: Zwei Mieter mieten zusammen eine Wohnung. Beide haften solidarisch ihrem Vermieter gegenüber. Es kommt zur Auflösung des Vertrages. Während der Kündigungsfrist verweigern sie Interessenten jegliche Besichtigung der Wohnung. Der Vermieter erlangt einen Befehl mit dem Inhalt, die Wohnung während einer bestimmten Zeit zu diesem Zwecke bereit zu halten. Die beiden Mieter sind in diesem Streite passive materielle Streitgenossen. (BesSchProt 1921—24 No. 39 u. 58).

[193] Beispiel einer aktiven formellen Streitgenossenschaft: Mehrere Mieter von Wohnungen in einer grossen Mietskaserne erlangen ein Verbot gegen ihren gemeinsamen Vermieter, sie weiterhin in ihrem Mietgenusse zu stören. Diese unabhängig von einander verpflichteten Mieter bilden hier eine aktive formelle Streitgenossenschaft.

Das Gesetz enthält keine Ausnahmebestimmungen in bezug auf die Zulassung der Streitgenossenschaft im Befehlsverfahren. Es gelten demnach die allgemeinen Bestimmungen nach Art. 103 bis 107 ZPO. Sie sind mit dem Wesen des summarischen Verfahrens durchaus vereinbar. In der Praxis kommt Streitgenossenschaft häufig vor.

In einem ordentlichen Verfahren kann natürlich jeder Streitgenosse eine einstweilige Verfügung nach Art. 389 Ziff. 2 ZPO erlangen, weil er eben Hauptpartei ist.

3. Die Nebenparteien

Die ZPO gestattet in Art. 109—115, dass auch Dritte zur Wahrung ihrer Interessen am Prozesse teilnehmen können. Dies kann nun auf verschiedene Arten geschehen. Die Teilnahme kann eine unaufgeforderte oder eine aufgeforderte sein, je nachdem ist sie Intervention oder Streitverkündung.

Das St. Gallische Prozessrecht kennt sowohl die Haupt- als auch die Nebenintervention. Im ersten Fall verfolgt ein Dritter ein Interesse, das demjenigen der beiden Hauptparteien entgegengesetzt ist. Er kann mit einer eigenen Klage gegen sie vorgehen, wodurch diese zu Streitgenossen werden (Art. 109 ZPO). Im zweiten Fall kann ein Dritter zu einem fremden Prozess beitreten, um im eigenen Interesse derjenigen Partei, der beigetreten wird, zum Siege zu verhelfen (Art. 110 ZPO).

Unter Streitverkündung versteht die ZPO eine Aufforderung an einen Dritten durch eine Partei, dem Rechtsstreite beizutreten. Voraussetzung ist dabei, dass die auffordernde Partei im Falle ihres Unterliegens ein Rückgriffsrecht auf den Dritten zu haben glaubt oder den Anspruch eines Dritten befürchtet (Art. 111 ZPO).

Können nun diese Berechtigungen auch für das Befehlsverfahren Geltung haben?

Es frägt sich einmal, ob die Nebenpartei in einem ordentlichen Prozesse eine einstweilige Verfügung nach Art. 389 Ziff. 2 beantragen kann. Sicher der Hauptintervenient, da er Hauptpartei wird[195], nicht aber der Nebenintervenient oder der Gerufene bei der Streitverkündung. Denn mangels eines eigenen Rechtsschutzanspruches werden diese nur Partei, wenn die Hauptparteien ihr

---

[194] Beispiel einer passiven formellen Streitgenossenschaft: Ein Brunnenbesitzer A erlangt gegen seinen Nachbarn und einen Dritten, dem dieser das Recht gegeben hat, auf seinem Land nach Wasser zu graben, ein Verbot einer Abgrabung nach Wasser, weil durch die Grabungen der Brunnen des A abstand. (Sträuli Kom. S. 92. Vgl. einen ähnlichen Fall in BesSchProt 1921—24 No. 36).

[195] Sträuli Kom. N 3 und 5 zu § 40. Schmidt S. 861, 864.

Einverständnis dazu gegeben haben (Art. 110,5 und Art. 112,1 ZPO). Es kann ihnen deshalb mit Ausnahme von Prozesskosten nichts zugesprochen werden[196].

Sind aber Intervention und Streitverkündung im Befehlsverfahren zulässig? Die Praxis zur ZüZPO lehnt beides ab. Sie begründet dies einmal damit, dass zur Intervention die Möglichkeit einer „rechtskräftigen" Erledigung der Klage die Voraussetzung bildet[197]. Wie wir später sehen werden, fehlt aber den summarischen Entscheiden die Rechtskraft gegenüber Urteilen im ordentlichen Verfahren. Ferner muss der Prozess bei einem „Gerichte" anhängig sein[198].

Bern gestattet die Nebenintervention im summarischen Verfahren, soweit sie überhaupt möglich erscheint[199].

St. Gallen weist nur einen einzigen Fall einer Nebenintervention auf[200], wo der Appellationsrichter auf eine Appellation eines Nebenintervenienten eingetreten ist.

Um zu einer annehmbaren Lösung zu kommen, müssen wir uns folgendes vor Augen halten:

In Frage kämen diese Berechtigungen meistens dort, wo für einen Anspruch nach Art. 389 Ziff. 1 ZPO klares Recht und unstreitbare tatsächliche Verhältnisse vorhanden sein müssen. Zweck dieser Bestimmung ist, wie wir gesehen haben, Streitigkeiten aus an sich klaren Rechtsverhältnissen zur raschen Erledigung zu bringen. Wenn irgendwie möglich, soll diese Erledigung eine abschliessende sein, da es ja um die Verhinderung eines ordentlichen Prozesses geht. Deshalb müssen wir alle Rechtsbehelfe unterstützen, die auf eine abschliessende Erledigung und Vereinfachung des Rechtsganges hinzielen. Das würde für eine Zulassung der Intervention und Streitverkündung sprechen. Nun ist aber erste Voraussetzung zur Handhabung von klarem Recht das Vorhandensein eines liquiden Anspruchs. Durch eine Hauptintervention würde aber meistens jeder Anspruch illiquid, sodass der Befehlsrichter ohnehin abweisen müsste. Aus diesem Grunde lehnen wir die Zulassung der Hauptintervention im Befehlsverfahren ab. Der Hauptintervenient kann seine Rechte immer noch im ordentlichen Verfahren geltend machen, das er ja ohnehin auch bei einer Zulassung der Hauptintervention einschlagen müsste. Der Anspruch könnte wegen Illiquidität nur selten entschieden werden.

Die Gestattung der Nebenintervention und der Streitverkündung im Befehlsverfahren ermöglicht aber eher eine abschliessende Be-

---

196 Hellwig I S. 222; Art. 109 ZPO; Matti S. 1066 ff.

197 RBZOG 1912/176; 1920/151; BlZüR 12/165.

198 BlZüR 12/165; 27/67; 34/104.

199 Leuch N 2 zu Art. 44 BernZPO.

200 EAppR vom 7. Juni 1941.

handlung der Streitsache. Die Wahrscheinlichkeit der Verhinderung eines ordentlichen Prozesses wird durch die Zulassung dieser beiden Institute erhöht. Deshalb sprechen wir uns in Uebereinstimmung mit der noch jungen Praxis im Kanton St. Gallen für die Gestattung von Nebenintervention und Streitverkündung im Befehlsverfahren aus.

Wenn auch das Gesetz, gleich wie das zürcherische, Intervention und Streitverkündung solange erlaubt, als der Rechtsstreit noch nicht „rechtskräftig" entschieden ist, so will das u. E. nicht sagen, dass eine „rechtskräftige" Erledigungsmöglichkeit wie sie nur der ordentliche Prozess erlaubt, Voraussetzung für diese Institute sein muss. Wir legen diese Formulierung so aus, dass eine Intervention und Streitverkündung solange geltend gemacht werden kann, bis ein Rechtsstreit rechtskräftig entschieden ist. Die Art des Verfahrens, ob summarisches oder ordentliches, spielt daher keine Rolle. Wenn sich Intervention oder Streitverkündung rechtfertigen lassen, so sollen sie immer geltend gemacht werden können, gleichgültig ob die Erledigungsmöglichkeit eine rechtskräftige ist oder nicht.

4. Die Parteivertretung

Jede handlungsfähige Partei kann ihren Rechtsstreit selbst führen. Das St. Gallische Prozessrecht kennt keinen Anwaltszwang und keinen Anwaltsprozess. Die Vertretung im Befehlsverfahren ist ohne weiteres zulässig (Art. 117 und 123 ZPO). Sie kann für alle gestellten Begehren entweder einem berufsmässigen Vertreter oder jeder in bürgerlichen Ehren und Rechten stehenden Person übergeben werden. Doch soll die letztere Vertretungsart eine Ausnahme sein. Die St. Gallischen Gerichte wachen mit Recht darüber, dass diese Bestimmung nicht missbraucht wird und lassen somit ein Winkeladvokatentum nicht aufkommen [201].

Für den Fall einer nicht berufsmässigen Vertretung braucht es eine schriftliche Vollmacht, sofern der Vertreter nicht gesetzlich oder statutarisch zur Vertretung bestimmt ist (Art. 118,1 ZPO). Rechtsanwälte und Rechtsagenten [202], die die Bewilligung des Kantonsgerichtes zu ihrer Berufsausübung haben, werden als Inhaber einer allgemeinen Prozessvollmacht angesehen (Art. 118,2 ZPO). Ueber ihren Umfang sagt Art. 119 ZPO, dass sie nur zu allen im Streite notwendigen oder nützlichen Rechtshandlungen be-

---

[201] Was alles zur berufsmässigen Vertretung gehört,
siehe Art. 123 ZPO.
EKG 1911/25; 1925/8, 10; 1940/5; 1941/3.

[202] Ueber die Abgrenzung des Tätigkeitsgebietes dieser zwei Kategorien der berufsmässigen Vertretung,
siehe Art. 123; EKG 1936/13.

rechtigen. Die Uebertragung der Geschäftsführung an einen andern, der Abschluss eines Vergleiches, der Abstand vom Prozess, die Verfügung über den Prozessgegenstand und der Empfang von Zahlungen bedürfen einer speziellen ausdrücklichen Ermächtigung.

5. Die Rechtsnachfolge im Befehlsverfahren

Sie ist möglich, wenn der Streitgegenstand während der Dauer des Prozesses auf eine andere Person übergeht und die Gegenpartei mit der Nachfolge einverstanden ist. Der Rechtsnachfolger wird in diesem Falle Hauptpartei (Art. 116,2 ZPO). Auch der Nebenintervenient kann als Hauptpartei auftreten, wenn es die Parteien gestatten (Art. 110,5 ZPO).

§ 4. Das Verfahren

I. Die Verfahren der St. Gallischen ZPO

Eine zweckmässige Erledigung der mannigfachen Fälle und die Verschiedenheit der Rechtsstreitigkeiten ist nur bei Vorhandensein von verschiedenen Verfahren möglich. Aus diesem Grunde haben sich im Laufe der Zeit im wesentlichen drei Verfahrenstypen herausgebildet:

a) Das ordentliche Verfahren. Es bezweckt eine Streitsache zur endgültigen Beurteilung zu bringen unter ausgiebiger und erschöpfender Behandlung des Prozesstoffes.

b) Das beschleunigte Verfahren. Es hat den gleichen Zweck wie das ordentliche Verfahren. Es will ebenfalls eine Streitsache endgültig beurteilen, auf Grund einer vollständigen materiellen Kognition; aber von der Form des ordentlichen Verfahrens wird abgewichen, indem der Prozess zeitlich durch Beschränkung der Fristen und strenge Einhaltung der Termine gekürzt wird.

c) Das summarische Verfahren. Dieses bildet eine besondere Prozessart im Gegensatz zu den anderen Verfahren. Es bezweckt, gewisse Streitsachen, deren Tatbestand sich leicht feststellen lässt, in einfacher und formloser Weise zur raschen Erledigung zu bringen. Deshalb werden einmal die Materialien der Streitverhandlung gekürzt. Der Richter sammelt und prüft nur den Prozesstoff, der sich ohne Schwierigkeiten sofort überblicken lässt. Die Klage wird auf die nächsten und unerlässlichen Voraussetzungen begrenzt. Der Beklagte darf nur seine unverzüglich nachweisbaren Verteidigungsmittel anführen. Der Entscheid des Richters ist eine „prima facie cognitio". Er will so rasch als möglich Ordnung in Rechtsverhältnisse bringen, die einer schnellen Regelung bedürfen, auch wenn ihre abschliessende Beurteilung nicht notwendig ist. Deshalb haben solche Entscheide eine beschränkte Rechtskraft. Sie wirkt sich nur gegenüber Erkenntnissen des summarischen Verfahrens aus, nicht aber gegenüber Urteilen[1].

Die St. Gallische ZPO bedient sich im Prinzip aller drei Verfahrensarten zur Realisierung der verschiedenen Rechtsstreitigkeiten. Den breitesten Raum nimmt natürlicherweise das ordentliche Verfahren ein, das in den Art. 197—340 ZPO geregelt ist. Im Gegensatz dazu stehen die „Besonderen Verfahren" Art. 341 bis 412 ZPO, bei denen das beschleunigte und das summarische Verfahren eingereiht sind. Unter der summarischen Verfahrensart gibt es wieder eine Menge von verschiedenen Unterverfahren, unter denen das Befehlsverfahren figuriert.

[1] Vgl. die Ausführungen auf S. 115.

Was die Beziehungen dieser Verfahrensarten zueinander anbetrifft, so ist es den Parteien überlassen, Begehren, die nach Art. 389 Ziff. 1 gestellt werden können, im ordentlichen Verfahren oder im summarischen Befehlsverfahren zur Entscheidung zu bringen [2]. Für possessorische Ansprüche hingegen (Art. 389 Ziff. 3 ZPO) und Begehren um einstweilige Verfügungen (Art. 389 Ziff. 2 ZPO) bildet das Befehlsverfahren den einzigen Rechtsweg, um zum Ziele zu gelangen. Im letzten Falle muss die klagende Partei ihren Anspruch durch Klage im ordentlichen Verfahren geltend machen und gleichzeitig im summarischen Befehlsverfahren ein Gesuch um Sicherung ihrer Rechtsansprüche stellen.

Findet eine Partei, dass für ihr Begehren die Voraussetzungen des Befehlsverfahrens gegeben sind, so wird sie natürlich dieses einfache und billigere Verfahren wählen. Es bleibt ihr bei einer Abweisung immer noch der ordentliche Rechtsweg offen, weil, wie wir später sehen werden [3], die Rechtskraft einer Befehlsverfügung einer erneuten Behandlung der Streitsache im ordentlichen Verfahren nicht entgegensteht. Wird nun derselbe Rechtsanspruch gleichzeitig im ordentlichen und im Befehlsverfahren anhängig gemacht, so wird natürlich aus demselben Grund der summarische Richter es ablehnen, eine Entscheidung zu treffen. Sie wäre ja ohne Bedeutung dem Urteile des ordentlichen Richters gegenüber [4].

II. Die summarischen Verfahrensarten der St. Gallischen ZPO und ihre Beziehungen zum Befehlsverfahren

Die St. Gallische ZPO ist reich an verschiedenen Verfahren. So sind der summarischen Verfahrensart neun verschiedene Verfahren eingeordnet. Es sind dies:

1. Das Verfahren in den privatrechtlichen Sachen nach Art. 48 Ziff. 2, 4—6; Art. 49 Ziff. 3—5 und Art. 51 Ziff. 4; Art. 374 bis 381 ZPO.
2. Das Verfahren in Betreibungs- und Konkurssachen nach Art. 48 Ziff. 7 und Art. 50; Art. 382—388 ZPO.

---

[2] Es ist dies der einzige Fall in der St. GallZPO, wo eine Partei die Verfahrensart wählen kann.
Anders Zürich, Sträuli Kom. S. 396 ff. Baur S. 18.
Bern: Ausschluss des ordentlichen Verfahrens durch das Summarische. Graner S. 40.

[3] S. 115 in dieser Arbeit.

[4] Vgl. auch die Ansicht im RBZOG 1898/153.

3. Das Befehlsverfahren nach Art. 49 Ziff. 2; Art. 389—396 ZPO.
4. Das Verfahren bei Rechnungsstellung nach Art. 48 Ziff. 3; Art. 397—398 ZPO.
5. Das Verfahren zur Sicherstellung gefährdeter Beweise nach Art. 51 Ziff. 1; Art. 399—401 ZPO.
6. Das Aufrufsverfahren nach Art. 51 Ziff. 2; Art. 402—403 ZPO.
7. Das Verfahren für die Kraftloserklärung von Wertpapieren. Art. 52 Ziff. 2; Art. 404—410 ZPO.
8. Das Verfahren in Grundbuchsachen nach Art. 49 Ziff. 4; Art. 411 ZPO.
9. Das Verfahren bei Amtsanzeigen. Art. 412 ZPO.

Im Zusammenhang mit dem Befehlsverfahren müssen wir das Verfahren in den privatrechtlichen Sachen noch etwas berücksichtigen. Es greift sowohl formell wie materiell nicht unwesentlich in das Befehlsverfahren ein.

In formeller Hinsicht handelt es sich hier um das Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter. Er urteilt teils abschliessend, teils unter dem Vorbehalt der Berufung an den Appellationsrichter. Es kommen hier vor allem Sachen zur Beurteilung, die wegen ihrer Geringfügigkeit eines Gerichtes nicht bedürfen oder aber vor einem Einzelrichter besser erledigt werden können. Es sind zum grossen Teil Verfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ferner ist zu sagen, dass diese Verfahrensart, wie wir im Laufe unserer Darstellung noch sehen werden, zum Teil auch für das Befehlsverfahren Geltung hat. Sie bildet die Grundlage für dessen Gang und für die Urteilsfällung in unserem Verfahren (Art. 390 ZPO in Verbindung mit Art. 374 bis 377 und Art. 379 ZPO).

In materieller Hinsicht ist zu betonen, dass sehr viele gesetzlich vorgesehene vorläufige Verfügungen in diesem Verfahren zur Erledigung kommen, obwohl sie ebenfalls im Befehlsverfahren ihre Ordnung hätten finden können. So z. B. die vorsorgliche Verfügung gegen die Eintragung im Handelsregister gemäss Art. 32,2 HRegV vom 7. Juni 1937 (Art. 48 Ziff. 6 ZPO), oder die vorläufigen Anordnungen für die Zwischenzeit und die Prozessdauer bei Anhebung der Abberufungsklage gegen die Verwaltung und Kontrollstelle durch einen Genossenschafter nach Art. 890,2 OR (Art. 48 Ziff. 5 ZPO), oder die vorsorglichen Massnahmen bei der Erbschaftsklage nach Art. 598,2 ZGB (Art. 49 Ziff. 4 ZPO) usw.

Es sind alles Tatbestände, die ebenfalls unter die allgemeine Norm des Art. 389 Ziff. 2 fallen könnten. Doch dienen diese einzelnen Massnahmen nach Art. 48 und 49 ZPO nicht so sehr der Sicherung der Rechtsverfolgung, sondern eher einer vorläufigen Regelung des gegenseitigen Verhältnisses zwischen den Parteien zur Wahrung des Rechtsfriedens. Die so getroffenen Verfügungen beziehen sich meistens nur indirekt auf die Streitsache [5]. Findet der Richter eine vorläufige Massnahme auf Grund des ZGB oder OR am Platze, so kann er sie erkennen, ohne vorher noch untersuchen zu müssen, ob sie zur Sicherung der Rechtsverfolgung notwendig ist. Sie kann auch verfügt werden ohne dass eine besondere Gefährdung des Anspruches vorhanden sein, noch ein drohender Schaden bevorstehen muss. Der Rahmen ist also bei den vorläufigen Verfügungen und Anordnungen nach Art. 48 und 49 ZPO etwas weiter gezogen als bei den einstweiligen Verfügungen im Befehlsverfahren.

Einige Verwirrung könnte noch die Ziff. 3 des Art. 49 hervorrufen. Er bestimmt, dass der Bezirksgerichtspräsident über Begehren um gesetzlich vorgesehene vorsorgliche Massnahmen in den Fällen, für die keine andere Behörde zuständig ist, entscheiden kann. Man könnte nun der Auffassung sein, dass hier sämtliche vorläufigen Massnahmen darunter fallen würden, die das Patent-, das Urheberrechts-, das Muster- und Modell- und das Markenschutzgesetz vorsehen. Dem ist aber nicht so. Denn erstens dienen die Verfügungen dieser Spezialgesetze und vor allem die Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 ZGB ausschliesslich der Sicherung der Rechtsverfolgung und zweitens kommt dieser Ziffer eine rein subsidiäre Wirkung zu. Sie ist für die Zukunft geschaffen worden. Sollte es einmal ein Gesetz geben, das vorläufige Massnahmen vorsieht, deren Realisierung aber in unserer ZPO nur durch Analogieschluss möglich wäre, so wird dies durch das Sicherheitsventil des Art. 49 Ziff. 3 verhütet. Er dient der Ausfüllung von eventuellen Lücken.

Weitere summarische Verfahren wie z. B. ein Bauinhibitionsverfahren kennt unsere ZPO nicht. Wie beim Bauen vorgegangen werden muss, haben wir auf S. 31 dargelegt.

Ebensowenig ist uns ein spezielles Editionsverfahren bekannt. Werden bewegliche Sachen, vor allem Urkunden zur Einsicht oder Uebergabe herausverlangt, so kommt es für das Verfahren darauf an, auf welche gesetzlichen Grundlagen sich die Parteien stützen können. Ist die Herausgabe zur Einsicht auf Grund des materiellen Rechtes, z. B. eines Vertrages oder einer

[5] Denken wir nur an die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren. Art. 145 ZGB in Verbind. mit Art. 48 Ziff. 4 ZPO.

positiven Gesetzesbestimmung möglich, so kommt das Befehlsverfahren nach Art. 389 Ziff. 1 in Frage.

Kann aber eine Herausgabe auf Grund des Prozessrechtes zu Beweiszwecken gefordert werden, so können solche Urkunden nach Art. 232 aus dem Besitze der Gegenpartei ins Recht verlangt werden.

Müssen vor Rechtshängigkeit Urkunden vorsorglich zu Beweiszwecken herausgefordert werden, so steht, wie wir gesehen haben, einer Anwendung des Befehlsverfahrens nichts im Wege.

III. Zuständigkeit

Ueber die Zuständigkeit sagt das Gesetz in Art. 389 nichts anderes, als dass das Befehlsverfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten stattfindet. Diese Bestimmung ist äusserst dürftig und wir müssen nach ergänzenden Normen forschen. Wollen wir die Zuständigkeit untersuchen, so sind wir gezwungen, dies in dreifacher Hinsicht zu tun. Je nach den Verteilungsarten der Streitsachen unterscheiden wir die örtliche, die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit.

A. Die örtliche Zuständigkeit

Wir verstehen allgemein darunter die Verteilung der Prozesssachen erster Instanz unter die gleichartigen Gerichte (gleicher Organisation und gleicher Funktion) verschiedener Gerichtsbezirke[6]. Für unser Befehlsverfahren heisst das die Verteilung der Streitigkeiten, die durch das Befehlsverfahren erledigt werden können, unter die Gerichtspräsidenten der verschiedenen kantonalen Bezirke. Wie diese Verteilung vorzunehmen ist, bestimmen mit einigen Modifikationen die allgemeinen Regeln über die Gerichtsstände nach Art. 82 ff. ZPO. Allgemein lässt sich sagen, dass wegen der Besonderheit unseres Befehlsverfahrens, als möglichst rasche und wirksame Rechtsverwirklichung, derjenige Gerichtsstand in Frage kommt, an welchem der Befehl am schnellsten und reibungslosesten vollzogen und das bedrohte Rechtsgut am besten geschützt werden kann. Das Befehlsverfahren wird sofort illusorisch, wenn die Rechtshilfe eines anderen Bezirkes oder gar eines anderen Kantons angerufen werden muss.

Im allgemeinen wird wohl der ordentliche Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten in Frage kommen (Art. 82 ZPO), sofern das Gesetz keinen besonderen Gerichtsstand vorgesehen hat.

---

[6] Matti S. 1048.

Doch sehr oft wird der Wohnsitz des Beklagten nicht günstig sein, weil z. B. die Gegenstände, die herausverlangt oder gesichert werden müssen, sich nicht am Wohnsitze befinden. Das Gesetz kommt uns zu Hilfe, indem es den Gerichtsstand der gelegenen Sache geschaffen hat (Art. 88 ZPO). Alle Streitigkeiten über Grundeigentum müssen an diesem Orte angebracht werden. Praktisch heisst das für uns, dass alle Besitzesschutzansprüche an unbeweglichen Sachen dort angehoben werden müssen, wo sich das Grundstück befindet[7]. Das gilt auch für Personen, die im Kanton St. Gallen keinen Wohnsitz haben. Ferner ist für Verfügungsbeschränkungen nach Art. 960 ZGB ebenfalls der Gerichtspräsident der gelegenen Sache zuständig[8].

Sind bewegliche Sachen im Spiele, so können die Ansprüche nach Art. 93 Ziff. 3 ZPO wahlweise am Gerichtsstand des Wohnsitzes oder der gelegenen Sache geltend gemacht werden, sofern um deren Eigentum, Pfandrecht oder Retentionsrecht gestritten wird. Solche Ansprüche sollen wenn möglich immer am Orte der gelegenen Sache angehoben werden; denn nur so gibt es eine sichere Garantie einer wirksamen Vollstreckung. Klagen aus Verletzungen von Persönlichkeitsrechten können ebenfalls wahlweise am Wohnorte des Beklagten oder am Orte der Begangenschaft angebracht werden (Art. 93 Ziff. 1 ZPO).

Bei einstweiligen Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung nach Art. 389 Ziff. 2 ZPO wird es daher oft vorkommen, dass die örtliche Zuständigkeit des Befehlsrichters mit derjenigen des Gerichts, das den Hauptanspruch zu beurteilen hat, nicht übereinstimmt. Die Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs begründet nicht etwa auch den Gerichtsstand der einstweiligen Verfügung. Sehr oft muss er am Wohnorte des Beklagten geltend gemacht werden, während die Sicherungsmassnahme, z. B. die Sperrung eines Guthabens oder einer Versicherungssumme, nur am Orte der gelegenen Sache wirksam getroffen werden kann. Dies wirkt sich vor allem aus, wenn die Parteien einen vereinbarten Gerichtsstand gemäss Art. 91 ZPO abgemacht haben. Bei Ansprüchen auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 werden sich die Parteien an ihren vereinbarten Gerichtsstand halten müssen; denn diese Ansprüche sind nicht gefährdet und ihre Behandlung geschieht abschliessend, wie in einem gewöhnlichen Prozess, im Gegensatz zu den Begehren nach Art. 389 Ziff. 2 ZPO, die der reinen Sicherung eines Hauptanspruches dienen und so schnell als möglich realisiert werden müssen. Deshalb kann der klägerischen Partei nicht zugemutet

---

[7] Dieser Grundsatz galt schon unter der alten Praxis: VR III 616, 650.
[8] So auch Zürich: RBZOG 1893/169;
1908/188.

werden, sich an den vereinbarten Gerichtsstand zu halten, wenn er dazu nicht geeignet ist. Meistens hat ja gerade die Gegenpartei die Gefährdung des Streitgegenstandes verursacht[9].

Bei Besitzesschutzbegehren nach Art. 389 Ziff. 3 ZPO bleibt der Gerichtsstand der gelegenen Sache immer bestehen, weil er durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann (Art. 91,2 ZPO).

Nach Art. 313,4 ZPO ist auch der Handelsgerichtspräsident zuständig, einstweilige Verfügungen auf Grund von Art. 389 Ziff. 2 ZPO zu erlassen. Seine örtliche Zuständigkeit ist vorhanden, sobald ein Streitfall vor das St. Gallische Handelsgericht gezogen werden kann (Art. 63 ff. ZPO).

Als Letztes nennt Art. 393 ZPO die Zuständigkeit des Gemeindeammanns bei gewissen Voraussetzungen. Hier können wir in bezug auf die örtliche Zuständigkeit auf die obigen Ausführungen verweisen.

B. Die sachliche Zuständigkeit

Unter der sachlichen Zuständigkeit verstehen wir die Verteilung der Prozesse erster Instanz unter die gleichfunktionierenden, aber verschieden organisierten Gerichte desselben Bezirkes[10]. Daraus ergibt sich aus Art. 389 ZPO allgemein der Bezirksgerichtspräsident, aus Art. 313,4 ZPO im speziellen der Handelsgerichtspräsident und nach Art. 393 ZPO der Gemeindeammann. Nur diese drei Instanzen sind sachlich zuständig zum Erlass von Verfügungen im Befehlsverfahren. Der eigentliche Befehlsrichter ist der Bezirksgerichtspräsident. Zur genauen Abgrenzung der Befugnisse dieser drei Instanzen müssen wir uns an die Verschiedenheiten der Verfügungen halten, die das Gesetz aufgestellt hat.

1. Die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO

In bezug auf Ziff. 1 ist nur der Bezirksgerichtspräsident zuständig. Wie schon gesagt, ist er der eigentliche Befehlsrichter. Werden Besitzesschutzansprüche geltend gemacht (Ziff. 3), so kann neben ihm bei hoher Dringlichkeit der Gemeindeammann in Frage kommen (Art. 393 ZPO). Wir haben hier noch ein Ueberbleibsel aus dem alten Besitzesschutzverfahren. Die Exekutive sollte in dieser Angelegenheit doch auch noch etwas zu sagen haben. Diese

[9] Leider können wir diese Ausführungen nicht durch die Praxis bestätigen, da sie mit diesen Fragen noch nicht in Berührung gekommen ist.

[10] Matti, S. 1049.

Bestimmung kommt vor allem in ländlichen Verhältnissen in Frage, wo die Sache so dringend ist, dass rein technisch keine Möglichkeit besteht, den weiter entfernt wohnenden Bezirksgerichtspräsidenten zu erreichen. Aber auch in der Stadt sind Fälle denkbar, wo die Zuständigkeit des Bezirksammanns in Frage kommen kann. Denken wir nur an Streitigkeiten, die einer raschen Abklärung bedürfen und der Gerichtspräsident durch Sitzungen usw. verhindert ist, sich mit der Sache abzugeben. Doch werden die letzteren Fälle nicht gerade häufig auftreten.

2. Die Kompetenz zum Erlass von einstweiligen Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung Art. 389 Ziff. 2 ZPO

Wir müssen hier weiterhin unterscheiden, ob diese Verfügungen vor oder nach der Rechtshängigkeit des Hauptanspruches erkannt werden sollen.

Vor der Rechtshängigkeit liegt zweifellos die Zuständigkeit beim Bezirksgerichtspräsidenten und bei hoher Dringlichkeit beim Gemeindeammann (Art. 393 ZPO), der aber in diesen Fällen wohl selten angerufen werden wird.

Im Verfahren vor dem Handelsgericht, aber auch nur in diesem, verweist nun Art. 313,4 auf Art. 389 Ziff. 2 ZPO und sagt, dass, wenn die Voraussetzungen des Befehlsverfahrens zutreffen, der Präsident auf Begehren einer Partei die notwendigen vorsorglichen Verfügungen erlässt, die sofort in Rechtskraft erwachsen. Es frägt sich nun, ob die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten auch schon vor der Rechtshängigkeit anzunehmen ist. Leider lassen sich in der Praxis keine Anhaltspunkte finden. Aus Zweckmässigkeitsgründen und aus der ratio legis müssen wir eine solche Zuständigkeit verneinen. Muss schon einmal vor der Klageanhebung eine einstweilige Verfügung erlassen werden, so ist die Dringlichkeit eine so grosse, dass der Weg über den Handelsgerichtspräsidenten zu kompliziert wäre, um rasch eingreifen zu können. Der Petent wird viel eher sein Rechtsgut schützen können, wenn er an den nächstgelegenen Richter gelangen kann. Denken wir nur an den Fall, wo z. B. in Sargans in aller Eile Waren sequestriert werden müssen und dies auf dem Wege über St. Gallen zu geschehen hätte.

Betrachten wir den Art. 313 ZPO als ganzes, so sehen wir deutlich, dass die einzelnen Befugnisse des Handelsgerichtspräsidenten wie Zeugeneinvernahmen, Editionen usw. erst nach der Rechtshängigkeit ausgeübt werden dürfen. Daraus müssen wir schliessen, dass er erst nach der Einleitung des Rechtsstreites zum Erlass von einstweiligen Verfügungen zuständig ist. Bei der gegen-

teiligen Auffassung müsste der Abs. 4 des Art. 313 ZPO völlig selbständig und von den andern Absätzen losgelöst verstanden werden. Im übrigen spricht Art. 313,4 nur von den Voraussetzungen des Art. 389 Ziff. 2 ZPO und verweist nur in bezug auf diese auf das Befehlsverfahren.

Unsere Auffassung führt nun allerdings dahin, dass ein Befehlsrichter in einer Sache zuständig wird, mit der er später überhaupt nichts mehr zu tun hat. Doch heben die oben erwähnten Zweckmässigkeitsgründe dieses Argument auf [11]. Es scheint nun, dass bei dieser Auslegung ein positiver Kompetenzkonflikt zwischen dem Bezirksgerichtspräsidenten und dem Handelsgerichtspräsidenten entstehen könnte, wenn vor Rechtshängigkeit beim ersten eine einstweilige Verfügung erlangt und noch während der Appellationsfrist der Streit beim Handelsgericht anhängig gemacht wurde.

Allgemein ist zu sagen, dass vom Momente der Rechtshängigkeit beim Handelsgericht nur noch dessen Präsident zum Erlass solcher Verfügungen zuständig ist. Wurde vor der Rechtshängigkeit vom Bezirksgerichtspräsidenten eine solche Verfügung erlassen und nach der Prozesseinleitung beim Handelsgericht die Berufung an den Appellationsrichter ergriffen, so wird der Letzte sein Erkenntnis aussetzen müssen bis feststeht, dass der Rechtsstreit vor dem Handelsgericht entschieden wird, um dann die Berufung als gegenstandslos abzuschreiben. Erklärt sich das Handelsgericht für die Hauptsache als unzuständig, so entsteht wiederum die Kompetenz des Appellationsrichters.

Wurde aber ein Petent vom Bezirksgerichtspräsidenten abgewiesen, der Rechtsstreit aber beim Handelgericht hängig, so muss der Appellationsrichter den appellierenden Petenten an den Handelsgerichtspräsidenten weisen. Vor diesem muss er dann sein Begehren nochmals vorbringen.

Will nun allgemein eine Partei n a c h der Einleitung des Rechtsstreites eine einstweilige Verfügung, so ist auch hier nur der Bezirksgerichtspräsident und wie gesagt in besonderen Fällen der Handelsgerichtspräsident zuständig. Den Präsidenten der besonderen Gerichte [12] und dem Kantonsgerichtspräsidenten kommen diese Befugnisse nicht zu, sonst hätte sie das Gesetz besonders

---

[11] So auch Zürich, wo auch der Richter im summarischen Verfahren zum Erlass von „vorsorglichen Massnahmen" vor Anhängigmachung des Rechtsstreites beim Handelsgericht zuständig ist: (§ 292 Ziff. 2 ZüZPO)
BlZüR 25/131; 30/25; 31/4.
RBZOG 1922/137; 1928/63.

[12] Das Stickereifachgericht, Art. 64; das Arbeitsgericht, Art. 65; das Unfallversicherungsgericht Art. 66; das Schiedsgericht für Streitig-

erwähnt, wie es beim Handelsgerichtspräsidenten geschehen ist. Hier kann es nun vorkommen, dass der Bezirksgerichtspräsident in hängigen Streitsachen Verfügungen erlassen muss, mit denen er nichts oder gar nichts mehr zu tun hat. Diese Lösung scheint auf den ersten Blick nicht gerade überzeugend. Es ist aber zu sagen, dass in denjenigen Streitfällen, die vor den besonderen Gerichten, wie vor Unfallversicherungsgericht, Arbeitsgericht usw. zum Austrag kommen, kaum einmal ein Bedürfnis zum Erlass einer einstweiligen Verfügung entstehen wird. Anders in den Fällen nach Art. 58,2 ZPO, wenn im Einverständnis der Parteien ein an das Kantonsgericht weiterziehbarer Streitfall, unter Umgehung des Bezirksgerichts, unmittelbar beim Kantonsgericht anhängig gemacht oder ein Streitfall an das Kantonsgericht weitergezogen wird und erst diese Weiterziehung den Erlass einer einstweiligen Verfügung notwendig macht. Hier sollte es scheinen, dass der Kantonsgerichtspräsident zuständig sein sollte. Doch wir vermissen jede derartige Andeutung im Gesetze. Uns scheint indessen, dass die Zuständigkeit trotzdem beim Bezirksgerichtspräsidenten als Richter im summarischen Verfahren liegen muss[13]. Einmal müssen diese Verfügungen wie schon gesagt rein örtlich da erlassen werden können, wo sich die Parteien und die zu sichernden Gegenstände befinden. Das Verfahren vor dem Kantonsgerichtspräsidenten wäre zu kompliziert und zu umständlich. Ferner besteht die Aufgabe des Kantonsgerichtes vor allem in der Lösung der reinen Rechtsfrage. Es liegt nicht in seiner Würde sich mit solchen Verfügungen abzugeben, die wohl für die Parteien sehr wichtig, zur Lösung der Tatbestands- oder Rechtsfrage irrelevant sind. Deshalb hat sich das Kantonsgericht von dieser Tätigkeit entlasten wollen[14]. Das will natürlich

---

keiten zwischen Krankenkassen und Aerzten oder Apothekern, Art. 67; das Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen der Suva und Aerzten oder Apothekern, Art. 68.

[13] Unter dem alten Besitzesschutzverfahren war die Kompetenz des Bezirksammans immer gegeben, wenn die Voraussetzungen nach Art. 268 a. ZPO vorhanden waren, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien vereinbart hatten, ihre Streitsachen direkt durch ein ordentliches Gericht höherer Instanz erledigen zu lassen. VR III 630.

[14] Anders Zürich, wo nach Anhängigmachung des Rechtsstreites gemäss § 131 ZüZPO nur noch der erkennende Richter zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen zuständig ist. Sträuli Kom. S. 238.
Aehnlich Bern, wo gemäss Art. 327,1 BernZPO der Instruktionsrichter (der GerPräs im Verfahren vor dem GerPräs oder vor dem Amtsgericht, der Präsident des AppHofes oder ein von ihm bezeichnetes Mitglied im Verfahren vor dem AppHof) zuständig ist.
Graner S. 41.

nicht sagen, dass der Handelsgerichtspräsident deshalb weniger „würdig" sein soll. Die besondere Art des handelsgerichtlichen Verfahrens und der vorzukommenden Fälle machen eine solche Zuständigkeit ohne weiteres notwendig.

Wird im Falle einer Berufung oder zivilrechtlichen Beschwerde ein Streitfall an das Bundesgericht weitergezogen, so bleibt gemäss Art. 78 OG der kantonale Richter zum Erlass von einstweiligen Verfügungen zuständig. Fällt dagegen ein Hauptprozess in die ausschliessliche Kompetenz des Bundesgerichtes (Art. 48 und 52 OG), so ist nur dieses selbst nach Massgabe des Art. 199 BZP zum Erlasse von einstweiligen Verfügungen zuständig.

C. Die funktionelle Zuständigkeit

Wir verstehen darunter die Zuständigkeit nach Geschäften, die Verteilung der Aufgaben eines und desselben Prozesses unter verschiedene Gerichte[15]. Es ist die Abgrenzung der Funktionen der verschiedenen, im gleichen Prozess tätig werdenden Organe, die namentlich beim Instanzenzug in Erscheinung tritt. Sie bestimmt, welches Gericht in einem Verfahren die Funktion der Rechtsmittelinstanz zukommt. In unseren Fällen ist jeweilen ein Mitglied des Kantonsgerichtes, der Appellationsrichter, Berufungsinstanz für alle Verfügungen im Befehlsverfahren. Darüber sprechen wir eingehender im letzten Kapitel[16].

D. Die Zuständigkeit bei Vorhandensein eines Schiedsvertrages

Haben die Parteien ein Schiedsgericht zur Erledigung ihrer Streitigkeiten bestimmt, so kann die Zuständigkeit des Befehlsrichters trotzdem in Frage kommen. Die Parteien können nach Art. 338 ZPO durch schriftlichen Vertrag nur eine in der ZPO vorgesehene ordentliche Verfahrensart zur Entscheidung ihrer Streitigkeiten bestimmen. Das Befehlsverfahren steht deshalb zu diesen gewählten schiedsgerichtlichen Verfahrungsarten in gleichen Beziehungen wie zu den Verfahren der ordentlichen Gerichte. Deshalb kann es durch Schiedsvertrag nicht ausgeschlossen oder zur Lösung von bestimmten Streitigkeiten vorgesehen werden. Die Zuständig-

---

[15] Matti S. 1049.

[16] Siehe S. 144 dieser Arbeit.

keit der Bezirksgerichtspräsidenten bleibt dadurch erhalten[17] [18]. Ist einer Partei im Befehlsverfahren ein Anspruch zugesprochen worden, so muss die Gegenpartei, wenn sie dem richterlichen Befehl die Anerkennung versagt, nicht das ordentliche Gericht, sondern den Schiedsrichter anrufen.

IV. Die Einleitung und Durchführung des Verfahrens

Das ganze Verfahren ist im Gesetze eigentlich nur in ein paar Artikeln angedeutet. Wir müssen diese notwendigerweise im Sinne der summarischen Verfahrensart ergänzen. Für die Abwicklung dieses Rechtsganges gelten die Art. 390 und 391 ZPO in Verbindung mit den Art. 374—377 und Art. 379 ZPO.

A. Das Rechtsbegehren

Art. 374 ZPO gibt dem Gesuchsteller die Befugnis, sein Begehren entweder schriftlich beim Gerichtspräsidenten einzureichen oder bei ihm zu Protokoll zu geben. Das Gesetz verlangt keine strengen Formvorschriften. Gerade in ländlichen Gegenden wird man diese Bestimmung sehr begrüssen, weil der einfache Mann oder der Bauer es vorzieht an den Hauptort des Bezirkes zu reisen, um sein Anliegen mündlich mit dem Gerichtspräsidenten zu besprechen. Er erspart sich dabei einen Anwalt und kann sich weiterhin zuerst erkundigen, ob sein Begehren Erfolg haben werde. Es frägt sich immerhin, ob der Gerichtspräsident verpflichtet ist, solche Auskunft zu erteilen. Wir glauben aber, dass dies zu seiner Vermittlungstätigkeit gehört und er den Petenten über offenbar aussichtslose Gesuche aufklären soll.

Trotz der Formlosigkeit muss aber das Begehren so formuliert werden, dass sich der Befehlsrichter genau im klaren ist, was für einen Befehl er aussprechen soll. Einmal müssen die Parteien, ihre Vertreter oder Rechtsbeistände bezeichnet werden, damit der Richter genau weiss, zwischen welchen Parteien der Streit hängig

---

[17] Auch die Praxis unter dem alten Besitzesschutzverfahren anerkannte die Zuständigkeit des Bezirksammanns, trotz Vorhandenseins eines Schiedsvertrages. VR III 630.

[18] Aehnlich Zürich, wo trotz Schiedsvertrag die Zuständigkeit des Befehlsrichters zum Erlass von Verfügungen zur Erhaltung des tatsächlichen Zustandes (§ 292 Ziff. 2) bestehen bleibt.
BlZüR 10/204; 30/26.
RBZOG 1907/223; 1918/186; 1928/79.

ist. So hat z. B. der Appellationsrichter[19] die Parteibezeichnung „Wasserwerkbesitzer am Stadtbach in X" für unzulässig erklärt, weil aus dieser Sammelvorschrift nicht hervorging, um was für ein Rechtsgebilde es sich handelte.

Weiterhin darf das Rechtsbegehren nicht zu allgemein und unbestimmt lauten. Es soll immer so formuliert werden, dass auf Grund des Begehrens und der Tatbestandsdarstellung ein konkreter Befehl erlassen werden kann[20]. Immerhin wird kein „formelles Rechtsbegehren" wie bei der gewöhnlichen Klage verlangt. Es genügt, wenn sich aus dem ganzen Zusammenhange ergibt, was der Kläger verlangt.

Inhaltlich muss in der Regel eine Leistung verlangt werden. Begehren auf reine Feststellungen oder Gestaltungen im Sinne von Feststellungs- oder Gestaltungsklagen können im Befehlsverfahren nicht geltend gemacht werden. Sie stehen dem Wesen dieses Procedere entgegen, das ja eine schnelle Rechtsverwirklichung oder die Sicherung streitiger Ansprüche auf Grund einer summarischen Kognition will. Ausnahmsweise kann unter Umständen auch im Befehlsverfahren über Gestaltungsbegehren entschieden werden. Denken wir nur an die Sistierung eines Handelsregistereintrages auf Grund von Art. 32,1 HRegV, wie wir sie weiter oben besprochen haben[21].

Eine Berufung auf die einzelnen Ziffern nach Art. 389 ZPO ist nicht absolut notwendig. Doch muss auch hier angedeutet werden, ob eine einstweilige Verfügung im Zusammenhang mit einem Hauptprozess verlangt wird (Art. 389 Ziff. 2 ZPO), oder für sich allein ausserhalb desselben (Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO). Das wird sich aber meistens aus der Substantiierung ergeben. In vielen Fällen wird der Petent einfach sein Begehren formulieren und wie er es früher gemacht hat „Besitzesschutz" verlangen, obwohl Besitzesschutzansprüche gar nicht entstehen können, weil von einer Störung oder Entziehung gar nicht gesprochen werden kann[22]. Denken wir nur an die Vorenthaltung von Sachen, die vom Kläger der Gegenpartei überlassen worden waren. In diesen Fällen wird natürlich der Richter den Anspruch gleichfalls schützen, sofern

---

[19] EAppR vom 14. Juli 1942.

[20] Vgl. VR III 629, wo der Kläger das unklare und schwer realisierbare Begehren stellte, „alles Graben zu unterlassen, wodurch die Eigentums- oder eventuellen Servitutsrechte des Impetranten verletzt würden."

[21] Siehe S. 74.

[22] Vgl. einen neuen Fall in der Praxis, wo der Richter allgemein die Voraussetzungen des Befehlsverfahrens geprüft hat, obgleich der Petent sein Begehren ausdrücklich auf Art. 389 Ziff. 3 stützte: EAppR vom 29. Sept. 1942.

die allgemeinen Voraussetzungen für das Befehlsverfahren vorhanden sind.

Objektive Klagenhäufung gemäss Art. 108 ZPO und Eventualbegehren sind möglich, sofern es sich um eine ähnliche Sache handelt[23], das Befehlsverfahren zulässig und die örtliche Zuständigkeit des Befehlsrichters gegeben ist. Ein Eventualbegehren kann in dem Sinne gestellt werden, dass bei Abweisung des Anspruches wegen Illiquidität auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 eine einstweilige Verfügung nach Ziff. 2 ausgesprochen wird. Dadurch sichert sich der Kläger seinen Hauptanspruch, den er nun vor dem ordentlichen Gerichte verfechten will. Von sich aus wird der Richter keine einstweilige Verfügung treffen, sondern das Begehren einfach wegen Illiquidität abweisen. Er weiss ja nicht, ob die Partei im Falle einer Abweisung den ordentlichen Weg beschreiten wird, oder ob eine Gefährdung des Anspruchs vorhanden ist. Auch im Befehlsverfahren gilt der Grundsatz: „ne eat iudex ultra petita partium".

Ferner verlangt Art. 374 eine kurze Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse. Auch hier braucht es keine erschöpfende Aufzählung aller Tatsachen, die rechtlich relevant sind. Es genügt eine summarische Begründung. Durch diese Darstellung muss der Richter zur Ueberzeugung kommen, dass ganz allgemein ein Rechtsschutzanspruch besteht und die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Befehlsverfahrens vorhanden sind.

Mit dem Begehren müssen ebenfalls Beweisanträge gestellt und die Beweismittel angegeben werden (Art. 374,1 ZPO). Urkunden sind sogar beizulegen, was sich naturgemäss aus der Schnelligkeit des Verfahrens ergibt. Auch hier genügt die summarische Angabe der Beweismittel. Es sollen nur solche angegeben werden, die ohne Verzögerung sofort herbeigeschafft werden können. Andere finden, wie wir noch sehen werden, keine Berücksichtigung.

Endlich als Letztes nennt das Gesetz die Stellung von Aus standsbegehren (Art. 374,2 ZPO) und die Zahlung des in der Gebührenordnung festgesetzten Vorschusses[24] (Art. 135,1 ZPO). Wird dieser Vorschuss nicht bezahlt, so wird der säumigen Partei eine Notfrist angesetzt und bei deren Nichteinhaltung gilt die Einreichung des Begehrens als nicht erfolgt. Von der Vorschusspflicht wird sie befreit, wenn ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist (Art. 156 ff. ZPO).

Eine Aenderung des Rechtsbegehrens wird kaum möglich sein, da die ganze Tendenz des Befehlsverfahrens gegen eine solche spricht[25].

---

[23] EAppR vom 5. April 1941.

[24] Die Gebühr beträgt Fr. 5.— (Art. 26a der GebOrd).

[25] So auch Zürich, Sträuli Kom. N 2 zu § 127 ZüZPO, BlZüR 18/8.

Das Begehren, das einer raschen Behandlung bedarf, kann jederzeit unabhängig von Gerichtsferien gestellt werden (Art. 134,3 ZPO).

B. Die Wirkung des Rechtsbegehrens

Ist nun ein solches Rechtsbegehren im Befehlsverfahren erhoben worden, so frägt es sich, was für Wirkungen ihm zukommen. Auch hier zeigt sich der Unterschied zur gewöhnlichen Klage. Als allgemeine Wirkung der Klage kennen wir die Unterbrechung jeder Ersitzung oder Verjährung (Art. 135 OR), die Möglichkeit der Erhebung von Widerklagen (Art. 96 ZPO) und die Begründung der Rechtshängigkeit (Art. 197 ZPO).

Was die Unterbrechung von Ersitzung oder Verjährung anbetrifft, so ist dieser Grundsatz nur beschränkt auf die Begehren im Befehlsverfahren anwendbar. Nach bundesgerichtlicher Praxis[26] ist zur Unterbrechung der Verjährung in Auslegung von Art. 135 OR notwendig, „diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum erstenmal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft". Diese Definition passt auf jeden Fall nur auf Begehren, die ausserhalb eines ordentlichen Prozesses gestellt werden, also auf Ansprüche auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO. Anders bei einstweiligen Verfügungen nach Ziff. 2. Ist ein Hauptprozess bereits angehoben, so ist durch diesen die Verjährung unterbrochen worden. Muss aber eine einstweilige Verfügung vor der Rechtshängigkeit des eigentlichen Rechtsstreites erlangt werden, so wird dadurch die Verjährung des Hauptanspruches nicht unterbrochen. Das Gesuch um eine solche Verfügung steht ja nur in einem gewissen Zusammenhange mit dem noch gar nicht geltend gemachten Hauptanspruch. Die Verfügung dient nur zu dessen Sicherung, sie fällt wieder dahin, wenn nicht in „bestimmter Form", also durch die Klageeinreichung „für den erhobenen Anspruch der Schutz des Richters angerufen wird".

Können im Befehlsverfahren auch Widerklagen erhoben werden? Auf den ersten Blick müsste man zu einer ablehnenden Antwort kommen. Doch schauen wir uns das Gesetz genauer an. Art. 96 ZPO erlaubt jede Widerklage, sofern diese nicht einen besonderen Gerichtsstand oder ein besonderes Verfahren erfordert. Daraus können wir die Zulässigkeit der Widerklage ableiten. Immerhin wird das Bedürfnis nicht gross sein. Zwei Voraussetzungen sind also nötig: Oertliche Zuständigkeit des Bezirksgerichtspräsidenten und Zulässigkeit des Befehlsverfahrens für die Widerklage. Es können demnach bei einem Begehren um Rückgabe eines Gegenstandes nicht widerklageweise Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden. Muss auf Grund von Ziff. 1 entschieden werden,

[26] Praxis Bd 12 S. 107.

so kann gerade durch die Zulassung der Widerklage eine Angelegenheit zur abschliessenden Behandlung kommen, wo sonst zwei von einander abhängige Verfahren eingehalten werden müssten. Doch ist auch hier der allgemeine Grundsatz der Liquidität der Ansprüche nicht zu vergessen. Wird durch die Erhebung einer Widerklage der Handel illiquid, so ist er von der Hand zu weisen.

Bei einstweiligen Verfügungen nach Ziff. 2 werden Widerklagebegehren bei gegenseitigen Verhältnissen eine gewisse Rolle spielen, wo die klägerische Partei ihren Hauptanspruch und der Beklagte seinen widerklageweise erhobenen Gegenanspruch sichern wollen.

Im Besitzesschutz nach Ziff. 3 können gegenseitige Störungen ebenfalls in einem Verfahren behandelt werden, sofern die obigen Voraussetzungen vorhanden sind. Wie gesagt, in der Praxis werden diese Fälle selten sein. Wir finden daher in der Praxis der Appellationsinstanz noch keine derartigen Fälle. In anderen Kantonen ist die Praxis teils schwankend [27], teils ablehnend [28].

Der dritte Grundsatz, die Begründung der Rechtshängigkeit ist auf das Befehlsverfahren ganz beschränkt anwendbar. Er wirkt sich im allgemeinen darin aus, dass die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben werden kann, wenn der gleiche Anspruch vor demselben oder einem anderen Gerichte nochmals klage- oder widerklageweise geltend gemacht würde. Wie wir später sehen werden [29], kann aber jeder Anspruch, der nach Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO im Befehlsverfahren geltend gemacht wird, auch beim ordentlichen Richter angehoben werden. Der obige Grundsatz wirkt sich deshalb nur innerhalb des Befehlsverfahrens aus: Die Einrede der Rechtshängigkeit kann nur erhoben werden, wenn ein weiteres gleiches Gesuch um einen Amtsbefehl bei demselben oder einem anderen Befehlsrichter anhängig gemacht wird [30].

C. Die Vermittlungstätigkeit des Befehlsrichters

Der Richter prüft nun zunächst das Begehren auf seine formellen Erfordernisse. Er untersucht, ob die verschiedenen Prozessvoraussetzungen vorhanden sind. Fehlt es an solchen, so macht er die Partei darauf aufmerksam und wenn sie nicht beseitigt werden, weist er das ganze Begehren zurück.

---

[27] Zürich: Gegen die Zulassung der Widerklage:
EZüKG vom 9. Jan. 1925.
EZüOG vom 3. Sept. 1926.
Für die Zulassung: BlZüR 25/79.

[28] Bern: ZBJV 5 S. 65; 10 S. 152; 25 S. 559.

[29] Siehe S. 115 ff.

[30] Und hier gibt es wieder Ausnahmen. Siehe näheres auf S. 114 f.

Im anderen Falle setzt er sich mit der Gegenpartei in Verbindung. Hier soll der Richter jede Formalität unterlassen. Die Bestimmungen des summarischen Verfahrens lassen ihm ja jede Freiheit in der Gestaltung des Verfahrens. Er kann daher das Zweckmässigste anordnen. Vor allem soll der Befehlsrichter zuerst zu vermitteln suchen. Art. 176 ZPO betont dies sogar noch ausdrücklich. Er hilft dabei viele unnütze Prozesse vermeiden. Ein telephonischer Anruf oder eine Zitierung der Gegenpartei auf sein Büro in Verbindung mit einer Aufklärung über die Folgen eines Amtsbefehls und dessen Kosten werden sehr oft genügen, den für die klägerische Partei nötigen Erfolg herbeizuführen. Ferner hat sich im Bezirk St. Gallen die Zusammenarbeit mit der Polizei als ausserordentlich fruchtbar erwiesen in Fällen von eigenmächtiger oder böswilliger Vorenthaltung von Sachen. Lässt sich keine Vermittlung erreichen, so macht der Gerichtspräsident einfach eine Mitteilung an die Polizei, die dann auf einem ihrer Streifzüge die Sachen der Gegenpartei meistens ohne Mühe abnimmt[31]. Formell kommt es auf diese Weise gar nicht zu einer Verfügung. Mit ein wenig Menschenkenntnis und psychologischer Veranlagung lässt sich bei geringfügigen Sachen auf diesem Wege meistens viel errreichen.

D. Die Vernehmlassung und Klageantwort

Wurde trotz diesen Versuchen bei der Gegenpartei nichts erreicht oder lässt der Streitfall als solcher ein derartiges Vorgehen nicht zu, so gibt der Befehlsrichter der Gegenpartei Gelegenheit zu einer Vernehmlassung (Art. 390 in Verbindung mit Art. 375 ZPO). Diese Vernehmlassung ist wieder formlos. Sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen, je nachdem die Verhältnisse liegen. Der Gerichtspräsident orientiert einfach die Gegenpartei über das Begehren des Klägers. Er kann ihr dabei die schriftliche Eingabe zur Einsicht und Rücksendung überlassen oder ihr durch eine Vorladung auf seinem Büro Gelegenheit geben, sich zu äussern. Eine weitere Art der Orientierung besteht darin, dass bei Begründetheit des klägerischen Begehrens der bereits formulierte Amtsbefehl der Gegenpartei zugesandt wird unter Angabe einer peremptorischen Frist von mindestens zwei Tagen, innert welcher sie ihre Einwände erheben muss, ansonst die Behauptungen des Klägers als wahr angenommen werden, sofern es die Akten zulassen (Art. 391 ZPO). Sehr oft wird diese Art genügen, die Gegenpartei an ihre Pflicht zu erinnern. Die frühere st. gallische Praxis verwendete diese Form meistens bei der Exmission oder bei der Rückgabe von unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenständen[32].

[31] Nach Aussagen des Bezirksgerichtspräsidenten und des Polizei-Kommissärs von St. Gallen.

[32] Vergl. Korrespondenz-Dossiers des BezAmtes von St. Gallen aus den Jahren 1933—1939.

Die Gegenpartei antwortet nun mündlich oder schriftlich auf das Klagebegehren, indem sie eventuelle Vorfragen aufwirft, dann vor allem Anträge in der Hauptsache stellt und das Klagefundament oder das Recht durch Einwendungen oder Einreden bestreitet. Ferner kann sie Beweisanträge stellen, Streitbeteiligte und Ausstandsbegehren anmelden. Besitzt sie als Beweismittel Urkunden, so sind diese mit der Vernehmlassung einzureichen (Art. 375,2 ZPO).

E. Die Verhandlung

Hat nun der Richter auf diese oder jene Art die Parteien angehört, so steht es wiederum in seinem Ermessen, ob er noch eine mündliche Verhandlung ansetzen will oder nicht. Ferner kann er auf das Begehren hin, unter Mitteilung desselben an den Beklagten, gleich zur Parteiverhandlung laden. Ueber die Zulassung einer solchen Parteiverhandlung finden wir im Gesetze nichts Deutliches. Massgebend für das Verfahren sind ja die Art. 390 und 391 ZPO, die wiederum auf die Art. 374—377 und Art. 379 ZPO verweisen (Verfahren in privatrechtlichen Sachen). Nun ist aber gerade auf Art. 378 ZPO, der die mündliche Verhandlung erwähnt, nicht verwiesen. Doch glauben wir kaum, dass dadurch eine mündliche Verhandlung im Befehlsverfahren ausgeschlossen sein soll[33]. In Art. 378 sind eben noch Bestimmungen über Familienrechtssachen enthalten, die natürlich keine Anwendung auf das Befehlsverfahren finden können. Ferner gilt für das Procedere noch Art. 391, der von den Wirkungen des Ausbleibens „einer oder beider Parteien" spricht. Weiterhin ist in Art. 379 davon die Rede, dass den Parteien bei der „Tagfahrt" mindestens der Rechtsspruch eröffnet werden soll.

Daraus können wir schliessen, dass eine mündliche Verhandlung ohne weiteres zulässig ist. Die Praxis hat in den meisten schwierigeren Fällen geradezu ein Bedürfnis, eine mündliche Verhandlung anzuordnen. Nur sie kann sehr oft die nötige Klarheit bringen. Die Schnelligkeit des Verfahrens leidet nicht darunter, da die Vorladungsfristen in der Regel mindestens nur zwei Tage zu betragen haben (Art. 390,2 ZPO).

Ist sich aber der Richter auf Grund der Akten schon im Klaren oder ist die Sache dringend, so kann er seinen Entscheid ohne Parteiverhandlung fällen.

Findet aber eine solche statt, so spielt sie sich im Prinzip nach den Regeln des ordentlichen Verfahrens ab. Der Unterschied liegt darin, dass alles viel formfreier ist. Eine streng gesonderte Behandlung der Vorfragen nach Art. 293 ZPO oder besondere Er-

[33] Vgl. die Botschaft von 1937, wo sie auf S. 73 erwähnt, dass in der Regel eine Verhandlung stattfindet.

kenntnisse über bestimmte Streitpunkte (Art. 294 ZPO) würden dem Wesen des summarischen Verfahrens widersprechen.

F. Der Erlass einer vorläufigen Verfügung

Die letzte Variation in der Gestaltung des Verfahrens ist der Erlass eines Amtsbefehls ohne jede Einvernahme der Gegenpartei. Art. 390 in Verbindung mit Art. 377 gestattet bei grosser Dringlichkeit den Erlass der nötigen Verfügungen für die Dauer des Befehlsverfahrens. Wir haben hier die sog. „vorläufigen Verfügungen" im Gegensatz zu den „einstweiligen Verfügungen" für die Dauer eines ordentlichen Verfahrens (Art. 389 Ziff. 2 ZPO).

Hauptvoraussetzung ist die Dringlichkeit. Sie muss so gross sein, dass der klagenden Partei ein Aufschub der Verfügung durch die Vernehmlassung und Parteiverhandlung nicht mehr zugemutet werden kann, weil die Gefahr einer grossen und schwer reparablen Schadenszufügung droht. Ferner muss der Anspruch dem Kläger offenbar zustehen und der Richter davon überzeugt sein. Da die vorläufige Verfügung für die Gegenpartei meistens sehr einschneidend sein wird, so empfiehlt es sich in den meisten Fällen, sie von einer Sicherheitsleistung des Petenten abhängig zu machen. Art. 394,2 ZPO findet auch entsprechende Anwendung auf diese vorläufigen Verfügungen.

Inhaltlich gleichen diese Anordnungen den gewöhnlichen Erkenntnissen des Befehlsverfahrens. Beispiele geben sich aus dem immateriellen Güterrecht, bei Verfügungsbeschränkungen gemäss Art. 960 ZGB, bei Abgrabungen, drohender Vernichtung von Sachen usw.

Dem Rechtscharakter nach sind diese Verfügungen eigentlich prozessleitende Verfügungen, doch haben sie Wirkungen auf das materielle Recht. Eine gewöhnliche prozessleitende Verfügung zeigt ihre Wirkungen nur in bezug auf das Verfahren. Die vorläufige Verfügung im Befehlsverfahren geht aber weiter, indem nebst den Verfahrenswirkungen ebenfalls materielle Wirkungen entstehen. Ihrem Inhalte nach ist sie nichts anderes als ein gewöhnliches Enderkenntnis des Befehlsverfahrens. Der Richter entscheidet bereits materiell [34]. In formeller Hinsicht sind diese Verfügungen unselbständig und können nicht weitergezogen werden. Ferner darf sie der Befehlsrichter jederzeit abändern und wieder aufheben, wie es in Art. 377,1 ZPO noch besonders ausgedrückt ist. Daraus ergibt sich ihre beschränkte Geltungsdauer.

Durch den Erlass einer solchen vorläufigen Verfügung ist das

---

[34] Er entscheidet z. B. sofort, dass ein vorenthaltener Gegenstand der Gegnpartei herausgegeben oder eine Sache sequestriert werden muss, usw.

Befehlsverfahren nicht einfach abgeschlossen[35]. Die Gegenpartei muss unmittelbar darauf richtig einvernommen und je nach Bedürfnis muss eine Verhandlung angehoben werden. Der Befehlsrichter entscheidet dann auf Grund seiner Kognition, ob das Begehren zu schützen oder abzuweisen ist. Wird es geschützt, so bleibt die vorläufige Verfügung als definitive Verfügung des Befehlsverfahrens bestehen. Wird das Begehren abgewiesen, so fällt die vorläufige Verfügung ohne weiteres dahin.

Zusammenfassend können wir betonen, dass die Bestimmungen über das Verfahren ausserordentlich elastisch sind und dem Richter die Möglichkeit eröffnen, sich stets der gegebenen Sach- und Interessenlage nach Bedarf anzupassen. Von der Entscheidung ohne jegliche Einvernahme bis zur förmlichen Parteiverhandlung stehen ihm die Wege und Mittel richterlicher Kognition offen. Er kann das Verfahren entsprechend der besonderen Natur des Streitfalles individuell bestimmen.

G. Die Wirkung des Stillschweigens oder der Abwesenheit der Parteien

Wie ist nun zu entscheiden, wenn die Gegenpartei keine Antwort gibt oder an der Parteiverhandlung nicht erscheint? Das Gesetz gibt uns eine klare Antwort in den Art. 375 und 391 ZPO.

Der Gerichtspräsident gibt der Gegenpartei, wie wir gesehen haben, eine Frist von mindestens zwei Tagen, innert welcher sie Antwort auf das klägerische Begehren geben muss (Art. 390,2 ZPO). Diese Frist ist peremptorisch. Lässt sie sich nicht vernehmen, so werden die Behauptungen des Klägers als wahr angenommen, sofern sie auf Grund der Akten glaubhaft erscheinen (Art. 391 ZPO).

Setzt der Gerichtspräsident eine mündliche Verhandlung an und erscheinen beide Parteien oder nur eine Partei nicht, so gelten nicht die Regeln des allgemeinen Verfahrens nach Art. 130 ff. ZPO, wonach die Tagfahrt bei gewissen Voraussetzungen verlegt werden kann oder sie bei deren Nichteinhaltung verwirkt wird. Die Beweisabnahme und die Entscheidung finden dennoch statt. Es wird auf Grund der Akten entschieden, indem der Gerichtspräsident alles zu berücksichtigen hat, was nach den Akten und den Beweisergebnissen zu Gunsten der ausgebliebenen Partei spricht (Art. 391 ZPO). Wir sehen hier das Typische der summarischen Verfahrensart .

Eine Wiedereinsetzung bei Säumnis kommt beim Befehlsverfahren nicht in Frage; denn sie widerspricht der summarischen

---

[35] Wie es manchmal in einigen Bezirken geschehen ist, vgl. namentlich nicht publizierte Entscheide aus Obertoggenburg oder Werdenberg.

Verfahrensart. Die säumige Partei hat ja die Appellationsmöglichkeit, bei welcher ihr Gelegenheit gegeben wird, ihre Verteidigungsmittel anzubringen. (Vgl. S. 148 f.)

H. Die Protokollierung

Eine besondere Protokollierung im Befehlsverfahren ist nur notwendig, wenn das Begehren mündlich gestellt wird oder die Vernehmlassung ebenfalls mündlich geschieht. Das Protokoll muss von der deponierenden Partei unterschrieben werden (Art. 374,1 ZPO).

Sonst trägt der Befehlsrichter alle Begehren in sein „Manuale" zur Kontrolle ein. Setzt er eine Verhandlung an, so genügt es, wenn er seine Notizen macht, um sie dann bei seinen Erwägungen zu verwerten.

J. Die Beweisabnahme

Es ist klar, dass das summarische Verfahren als abgekürztes und formloses Verfahren nicht alle Beweise zulassen kann. Immerhin lässt sich aus Art. 376 ZPO auf die Zulässigkeit aller gesetzlichen Beweismittel, mit Ausnahme des Parteieides schliessen, sofern sie ohne wesentliche Verzögerung herbeigeschafft werden können. Ein im Ausland wohnender Zeuge kann nicht einvernommen werden, eine Urkunde, deren Herbeischaffung grosse Schwierigkeiten bereitet, wird als nicht vorhanden angesehen usw.

Die hauptsächlichsten Beweismittel im Befehlsverfahren sind die Urkunden und der Augenschein, dann eventuell Zeugen und Sachverständige. Ferner spielt die Parteibefragung, verbunden mit dem Geständnis eine wesentliche Rolle.

Nach der alten ZPO von 1900 konnten im Besitzesschutzverfahren keine Zeugen einvernommen werden[36]. Man glaubte, dass dies mit den Grundsätzen des summarischen Verfahrens unvereinbar sei. Die neue ZPO drückt sich in bezug auf die Zulassung von Zeugen nicht sehr deutlich aus. Sie spricht in Art. 376 ZPO nur von Urkunden, Augenschein und Begutachtung durch Sachverständige, allerdings nicht im Sinne einer abschliessenden Aufzählung. Im Anschluss daran folgt die Bestimmung, dass „Beweise, die nicht ohne wesentliche Verzögerung abgenommen werden können, ausgeschlossen sind". Daraus hat auch die Praxis[37] geschlos-

---

[36] EAppR vom 1. Mai 1940.

[37] Auch Zürich gestattet in § 280,2 ZüZPO die Einvernahme von Zeugen, sofern das Beweisverfahren nicht zu weitläufig wird und der Fall dringlich ist.
Bern ebenfalls in Art. 306 und 310 BernZPO.
Leuch Kom. N 1 zu Art. 310 BernZPO.

sen, dass Zeugen einvernommen werden dürfen. Dies ist auch vernünftig; denn unter dem alten Rechte geschah es oft, dass wegen Unklarheiten im Tatbestand keine Entscheidung getroffen werden konnte, obwohl durch eine Einvernahme von Zeugen die Sache sofort klar geworden wäre. Immerhin sollen Zeugen wenn möglich nur Notbehelfe sein, weil die Garantie einer wahren Zeugenaussage durch das Verbot des Zeugeneides vor dem Einzelrichter gemäss Art. 248,5 ZPO stark vermindert ist.

Das Beweisverfahren gestaltet sich wiederum formlos. Der Befehlsrichter untersucht die Beweisanträge. Werden Urkunden ins Recht verlangt, so beschafft er sich diese. Werden sie von der Gegenpartei verweigert, so gilt auch hier der allgemeine Grundsatz, dass die Tatsache, für deren Beweis die Urkunde angerufen wird, als bewiesen angesehen werden kann (Art. 232,3 ZPO). Verlangt eine Partei einen Augenschein oder eine Expertise, oder findet der Richter selbst, dass eine solche Massnahme notwendig ist, so ordnet er sie an. Gerade in dinglichen Streitigkeiten kann er sich sehr oft mit einem Augenschein die nötige Klarheit verschaffen. Sind die Mitteilungen der Parteien lückenhaft oder unklar, so veranlasst er deren Ergänzung (Art. 376,1 ZPO).

Das Wesentliche bei dieser ganzen Beweisabnahme ist, dass die Raschheit des Verfahrens keine Einbusse erleidet. Der Richter soll anhand der beschränkt zulässigen Beweismittel zur Ueberzeugung kommen, dass ein Anspruch geschützt oder abgewiesen werden soll. Dabei kann es sich aber nicht um eine absolute Ueberzeugung vom Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs handeln. In den meisten Fällen wird eine Glaubhaftmachung genügen. Sie unterscheidet sich von der strengen Beweisführung namentlich durch ihren beweistechnischen Erfolg. Sie soll dem Richter nicht die absolute Ueberzeugung von der Richtigkeit einer Tatsache verschaffen, sondern ihm nur den Eindruck einer grossen Wahrscheinlichkeit geben, welche immerhin noch die Möglichkeit des Gegenteiles annehmen lässt[38]. Gerade bei den Einreden wird diese Glaubhaftmachung von Bedeutung sein, wenn die Gegenpartei versuchen wird, den Anspruch ihres Gegners als illiquid erscheinen zu lassen. Doch der Hinweis auf Beweismittel, die nur mit Schwierigkeiten herbeigeschafft werden können und demnach für das Befehlsverfahren nicht zulässig sind, kann einen Anspruch nicht etwa illiquid machen. Eine solche Einrede darf vom Richter nicht gehört werden. Er muss deshalb seinen Entscheid unabhängig von dieser Einrede erlassen. Den Parteien bleibt ja unter Um-

[38] Wetzell § 29; Schmidt S. 472; Jäger N 11 zu Art. 82 SchKG. Aehnlich Plank Bd I § 66.
ZBJV 31 S. 116, 118.
EKG 1894/48; 1897/37.

ständen immer noch das ordentliche Verfahren vorbehalten, wo sie ihr Glück nochmals versuchen und diese hier nicht zulässigen Beweismittel geltend machen können.

K. Die Fällung des Erkenntnisses

Hat sich der Richter auf diese Weise vom Bestehen oder Nichtbestehen oder von der Illiquidität eines Anspruches überzeugt, so fällt er in der Regel sofort sein Erkenntnis. Hat er eine Verhandlung angesetzt, so muss den Parteien mindestens der Rechtsspruch eröffnet werden (Art. 379 ZPO). Das vollständige Erkenntnis mit den Erwägungsgründen ist den Parteien innert sieben Tagen schriftlich zuzustellen.

Ausnahmsweise kann der Richter die Entscheidung aufschieben, eventuell weitere Beweisaufnahmen anordnen und dann ohne weitere Verhandlung entscheiden (Art. 379 ZPO). Diese Fälle sollten aber selten sein; denn sie widersprechen dem summarischen Verfahren. Immerhin sind sie möglich, wenn der Richter z. B. die Verhandlung mit der Vernehmlassung der Gegenpartei verbindet und es sich herausstellt, dass ein Augenschein absolut notwendig ist.

L. Die Auflage einer Sicherheitsleistung

Durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach Art. 389 Ziff. 2 oder einer vorläufigen Verfügung nach Art. 377,1 ZPO kann der betroffenen Partei unter Umständen ein Schaden zugefügt werden. Je nach der Art des Streites können diese Massnahmen ziemlich einschneidend wirken und der verfügende Befehlsrichter trägt eine grosse Verantwortung, wenn sich nach Ablauf des Prozesses die angeordnete Verfügung als materiell nicht gerechtfertigt erwiesen hat. Deshalb gestattet Art. 394,2 ZPO dem Gerichtspräsidenten seine Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Diese Sicherheitsauflage geschieht von Amtes wegen, sobald die Voraussetzungen vorhanden sind. Dies lässt sich aus der ganzen Formulierung und aus dem Zwecke dieses Artikels ableiten. Die Praxis steht auch auf diesem Standpunkt.

Als Voraussetzungen für eine solche Sicherheitsleistung nennt das Gesetz einen „drohenden Schaden". Ein Schaden kann nun drohen, wenn der Anspruch des Petenten nicht begründet erscheint und die Möglichkeit einer Abweisung besteht. Wir haben ja gesehen, dass der Befehlsrichter nicht verpflichtet ist, die Begründetheit eines Anspruches wie im Hauptprozesse genau festzustellen. Nur bei einer offenbaren Aussichtslosigkeit muss er die einstweilige Verfügung verweigern. Er schützt sich und die betreffende Partei, indem er vom Kläger eine Sicherheitsleistung verlangt.

Weiterhin kann ein Schaden entstehen, wenn sich am Ende des

Prozesses die Massnahme als zu einschneidend erwiesen hat. Der Anspruch war an und für sich begründet, doch konnte sich der Richter auf Grund der summarischen Kognition kein rechtes Bild über die Sachlage machen. Trotzdem schien ihm aber eine einstweilige Verfügung als angebracht. In solchen Fällen wird es immer gut sein, die Verfügungen von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Diese Tatbestände kommen vor allem bei Streitigkeiten um gewerbliches Eigentum vor.

Immerhin müssen wir uns bewusst sein, dass eine einstweilige Verfügung in erster Linie die Möglichkeit der Rechtsverfolgung sichern muss. Der Richter darf nicht gegen Sicherheitsleistung eine Verfügung treffen, die nicht diesen Zweck erfüllt oder wenn eine Sicherung der Rechtsverfolgung überhaupt gar nicht notwendig erscheint.

Die Zweifelhaftigkeit der Solvenz und der Bonität des Petenten bildet nicht etwa eine weitere Voraussetzung für die Auflage einer solchen Leistung. Eine derartige Voraussetzung könnte zu einer Bevorzugung der finanziell unabhängigen führen. Es genügt demnach ein objektiv drohender Schaden.

Wenn der Richter den Erlass der Verfügung von einer viel zu hohen Kaution abhängig macht, so gibt es deswegen keine Berufungsmöglichkeit an den Appellationsrichter. Es kommt einfach kein Entscheid zustande. Als Rechtsbehelf bleibt dem Gesuchsteller höchstens die Ergreifung der Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 450 Ziff. 2 ZPO, womit er wegen Willkür das Vorgehen des Richters beanstanden könnte.

Ueber die Höhe der Kaution sagt das Gesetz nichts. Prinzipiell soll sie mit der Höhe des drohenden Schadens übereinstimmen. Dieser ist zwar meistens schwierig zu berechnen, da der Richter oft zu wenig Anhaltspunkte hat. Er wird die Höhe der Kaution aus den Akten und insbesondere aus der Vernehmlassung der Parteien festzustellen haben.

Ueber die Art der Sicherstellung schweigt das Gesetz ebenfalls. Doch müssen wir aus dem Begriff der „Sicherheitsleistung" entnehmen, dass jede Art von Sicherheit geleistet werden darf, die fähig wäre einen eventuellen Schaden zu decken[39]. Der Verpflichtete kann wählen, ob er seine Sicherheit in Bargeld, leicht zu veräussernden oder verwertbaren Wertschriften oder in Bürgschaften leisten soll. Der Richter wird die Tauglichkeit der angebotenen Kaution überprüfen und dann je nach seinem Ergebnis die einstweilige Verfügung erlassen.

Die Kaution ist im Bezirke St. Gallen beim sog. Büro für ge-

---

[39] Blumenstein S. 135.
Jäger N 3 zu Art. 38 SchKG.
v. Thur Bd I S. 120.

meindeamtliche Funktionen, in den übrigen Bezirken bei der Gerichtskasse zu hinterlegen. Sie bleibt solange dort, bis der Hauptprozess entschieden ist. Zeigt sich durch das Urteil, dass die Massnahme gerechtfertigt war, so wird die Kaution dem Berechtigten wieder ausgehändigt, im andern Falle bleibt sie solange gebunden, bis feststeht, dass eine Schadenersatzklage nicht angehoben wird. Erhält der durch eine einstweilige Verfügung Geschädigte ein obsiegendes Urteil, so kann ihm die Kaution gegen dessen Vorweisung ohne weiteres ausgehändigt werden.

M. Insbesondere das Verfahren vor dem Gemeindeammann

Wie wir gesehen haben[40], kann unter Umständen auch der Gemeindeammann zum Erlass von einstweiligen Verfügungen zuständig werden. Voraussetzung ist hohe Dringlichkeit. Ueber das Verfahren als solches und über die Beziehungen zwischen Bezirksgerichtspräsident und Gemeindeammann finden wir nur den einzigen und dazu noch reichlich summarisch abgefassten Artikel 393 ZPO. Hauptanwendungsgebiet wird ja der Besitzesschutz sein. Das Verfahren als solches wird sich sehr formlos gestalten: Die bedrängte Partei wird so schnell als möglich den Gemeindeammann aufsuchen, ihm ihr Leid klagen, und dieser wird in den meisten Fällen selber an Ort und Stelle erscheinen, um dem ungebetenen Störer sofort Einhalt zu gebieten. Seine weitere Pflicht besteht dann in der sofortigen Mitteilung seiner Verfügung an den Bezirksgerichtspräsidenten. Der letzte muss nun den Fall an die Hand nehmen. Wie er das machen soll, sagt das Gesetz nicht. Wir nehmen an[41], dass er dem Petenten eine Frist ansetzen muss, innert welcher er den Anspruch nochmals formulieren oder zu Protokoll geben soll. Unterlässt er dies, so fällt die Verfügung ohne weiteres dahin, macht er aber seinen Anspruch geltend, so wird der Fall beim Bezirksgerichtspräsidenten rechtshängig und dieser geht genau gleich vor wie bei den gewöhnlichen Verfügungen. Je nach den Beweisergebnissen bestätigt er die Verfügung des Gemeindeammanns oder er hebt sie auf oder ändert sie ab. Gegen diese besteht dann die Berufungsmöglichkeit an den Appellationsrichter.

Rechtlich sind diese Verfügungen des Gemeindeammanns nichts anderes als vorläufige Verfügungen im Sinne von Art. 377,1 ZPO. Der Unterschied besteht nur darin, dass sie von einer andern Instanz ausgesprochen werden.

---

[40] Siehe S. 91.

[41] In Anlehnung an die Praxis des Bezirksgerichtspräsidenten von Rorschach.

§ 5. Der Entscheid

Das richterliche Erkenntnis im Befehlsverfahren besteht entweder in einer Abweisung oder bei Gutheissung, in der Anordnung der verlangten Massnahme durch richterlichen Befehl. Dazu kommt jedesmal eine Androhung für den Fall einer Nichtbefolgung des Befehls, die meistens in der Androhung von Busse besteht, ferner ein Kostenspruch. Als weiterer Bestandteil kann bei einer einstweiligen Verfügung nach Art. 389 Ziff. 2 ZPO eine Fristansetzung zur Einleitung eines ordentlichen Rechtsstreites dazu kommen (Art. 394,1 ZPO).

Wir werden nun im folgenden versuchen, die Rechtsnatur und die Wirkung eines solchen Erkenntnisses festzustellen, indem wir diese Verfügungen mit den andern Erkenntnissen der ZPO vergleichen.

I. Die Erkenntnisse der St. Gallischen ZPO

Die ZPO spricht im allgemeinen Teil, im 14. Abschnitte von „richterlichen Erkenntnissen und Verfügungen".

Art. 184 sagt, dass ein richterliches Erkenntnis entweder ein Urteil, ein Vorentscheid oder ein Beschluss sein kann.

Unter Urteil versteht die ZPO Erkenntnisse, durch die ein Klageanspruch materiell entschieden oder zurzeit abgewiesen wird.

Vorentscheide sind Erkenntnisse, durch die eine gesondert behandelte Vorfrage entschieden wird.

Beschlüsse sind Beweisentscheide und andere prozessleitende Verfügungen, ferner Verfügungen, durch die eine Klage am Protokoll abgeschrieben wird, sei es infolge Vergleichs, Rückzuges oder Anerkennung der Klage, sei es, weil der Rechtsstreit gegenstandslos geworden ist.

Wir sehen bald, dass wir die Erkenntnisse des Befehlsverfahrens nirgends richtig subsumieren können. Von einem Urteil können wir schon darum nicht sprechen, weil jedes Begehren nach Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO ohne weiteres in einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden kann. Es fehlt dem Entscheide, wie wir später sehen werden, die für ein Urteil wesentliche materielle Rechtskraft.

Einen Vorentscheid kann ein Erkenntnis des Befehlsverfahrens unter Umständen darstellen, wenn ein Begehren auf Grund einer er-

hobenen Vorfrage abgewiesen wird. Doch wird es wegen der Formfreiheit des summarischen Verfahrens selten so weit kommen.

Ein Beschluss ist eine Verfügung im Befehlsverfahren immer dann, wenn ein Begehren am Protokolle abgeschrieben wird, sei es infolge Vergleichs, Rückzuges oder Anerkennung desselben, sei es wegen Gegenstandslosigkeit.

Wir sehen, dass wir zu keinem rechten Resultat kommen, wenn wir versuchen, die Verfügungen unter die erwähnten richterlichen Erkenntnisse der ZPO zu subsumieren. Sie besitzen einen ganz eigenen Charakter.

II. Der Rechtscharakter der Verfügungen im Befehlsverfahren.

Im Gesetze treffen wir in den summarischen Verfahrensarten immer wieder den Namen „Verfügung". So auch im Befehlsverfahren in den Art. 392, 394—396. Eine allgemeine Definition gibt uns aber das Gesetz nicht. Dies ist auch sehr leicht verständlich, da der Rechtscharakter dieser Verfügungen nicht gerade einheitlich ist.

Das Gesetz sagt nun in Art. 392, dass die Verfügungen in „Amtsbefehlen zu einem Tun oder Unterlassen usw. bestehen". Um zu einem Resultat zu kommen, müssen wir eine Unterscheidung in formeller und materieller Hinsicht machen.

Formell ist der Charakter dieser Verfügungen einheitlich: Es wird über ein Begehren ein für das summarische Befehlsverfahren abschliessendes Erkenntnis gefällt. Der Anspruch, der hier geltend gemacht wird, kommt für dieses Verfahren abschliessend zur Beurteilung, sei es nun nach Art. 389 Ziff. 1 als Verfügung auf Grund von klarem Recht und nicht streitigen, sofort feststellbaren tatsächlichen Verhältnissen, oder als einstweilige Verfügung zur Sicherung der Rechtsverfolgung nach Art. 389 Ziff. 2 oder als Besitzesschutzverfügung nach Art. 389 Ziff. 3. In diesem Sinne haben wir eine Erledigungsverfügung des summarischen Befehlsverfahrens in der Form eines Befehls im Gegensatz zu einer Zwischenverfügung wie z. B. einer vorläufigen Verfügung nach Art. 377 ZPO. Der Unterschied zu den sog. prozessleitenden Verfügungen, die unser Gesetz auch nicht definiert, ist klar. Diese sind vor allem dadurch charakterisiert, dass sie keine Parteianträge voraussetzen und der Richter sie von Amtes wegen als massgebende Anordnungen zur Durchführung des Prozesses treffen kann.

Eine solche Erledigungsverfügung kommt nun sofort zum Vollzuge. Sie stellt sich bereits schon als dessen Einleitung dar. Das besondere Vollzugsverfahren nach Art. 455 ZPO kommt nicht zur Anwendung. In der Verfügung selber sind schon die Massnahmen angedroht, die bei einer Nichtbefolgung des Befehls eintreten

werden. In diesem Sinne ist unsere Erledigungsverfügung zugleich eine Vollstreckungsverfügung.

Materiell ist nun der Rechtscharakter sehr unterschiedlich. Bei den Erkenntnissen nach Art. 389 Ziff. 1 haben wir eine urteilsähnliche Verfügung auf Grund einer summarischen Kognition. Es wird über einen Anspruch ein eigentliches Urteil gefällt, indem z. B. der Gegenpartei befohlen wird, eine Sache herauszugeben, weil sie eben materiellrechtlich dazu verpflichtet ist. Diese Verfügung nach Ziff. 1 steht in der Wirkung zum Teil unter dem Urteil, zum Teil aber über ihm. Der Verfügung fehlt, wie wir noch sehen werden, die materielle Rechtskraft. Ferner wird im Befehlsverfahren nicht auf Grund einer erschöpfenden Behandlung des Tatbestandes das Erkenntnis gefällt, wie dies Voraussetzung für ein Urteil ist. Ueber dem Urteil steht unsere Verfügung, indem der Anspruch sofort nach Nichteinhaltung der Frist unter Umgehung des Vollzugsverfahrens nach Art. 455 ZPO vollstreckt werden kann[1].

Der Unterschied zur Verfügung zur Sicherung der Rechtsverfolgung nach Art. 389 Ziff. 2 zeigt sich in der abschliessenden Behandlung eines Anspruches. Es wird nicht im Hinblick auf einen ordentlichen Prozess und nicht wegen einer Gefährdung des Streitgegenstandes in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht entschieden.

Gegenüber einer Besitzesschutzverfügung zeigt sich die Verschiedenheit, indem nach Ziff. 1 die Kognition auf Grund des Rechts erfolgt, während beim Besitzesschutz auf Grund des Besitzes als rein tatsächlichem Verhältnis ohne Rücksicht auf das Recht entschieden wird. Dadurch bekommt die Besitzesschutzverfügung einen provisorischeren Charakter als die Verfügung auf Grund von Ziff. 1, weil eben die Frage des Rechts bei der Ersteren ausser Acht gelassen wird.

Die Erkenntnisse auf Grund von Ziff. 2 und 3 können wir als selbständige Sicherungsverfügungen auffassen. Im einen Falle dienen sie der Sicherung der Rechtsverfolgung, im andern Falle der Sicherung des allgemeinen Rechtsfriedens in der organisierten Rechtsgemeinschaft[2], dessen Zweck der Besitz ja zu erreichen sucht. Ihr Unterschied liegt darin, dass die eine Verfügung nur im Hinblick auf einen nachfolgenden Prozess oder bei erfolgter Rechtshängigkeit für die Dauer des Prozesses erkannt wird, während die Besitzesschutzverfügung ihrem Zweck entsprechend unabhängig von einem nachfolgenden Prozess ausgesprochen werden kann.

Einen mehr oder weniger einheitlichen Charakter zeigen alle diese Verfügungen in bezug auf die Wirkung. Es ist dies die Frage nach der Rechtskraft dieser Erkenntnisse.

---

[1] Vgl. auch die Erwägungen in einem EAppR v. 28. Nov. 1940.

[2] Wolff Das Sachenrecht, S. 44.

III. Die Wirkung der Verfügungen

Nach Art. 395,1 ZPO treten die Erkenntnisse in Rechtskraft, sofern nicht innert 14 Tagen oder bei Dringlichkeit innert fünf Tagen die Berufung ergriffen wird. Wenn das Gesetz hier von Rechtskraft spricht, so meint es vor allem die formelle und im beschränkten Masse auch die materielle Rechtskraft.

A. Unter der formellen Rechtskraft verstehen wir hier die Unanfechtbarkeit einer Entscheidung für die summarische Verfügung. Diese formelle Rechtskraft ist Voraussetzung für die Vollstreckung. Art. 395 ZPO durchbricht aber diesen Grundsatz. Die Verfügungen des Befehlsverfahrens sind vor ihrer formellen Rechtskraft vollstreckbar. Sobald die erste Instanz ihr Erkenntnis gefällt hat, ist dessen Vollzug möglich, gleichgültig, ob eine der beiden Parteien die Berufung eingelegt hat. Eine solche Regelung rechtfertigt sich ohne weiteres. Die Natur des Verfahrens und der Verfügung drängt ja darauf, dass die im Befehlsverfahren erhobenen Ansprüche so schnell als möglich verwirklicht werden. Umgekehrt sind sie eben sehr oft von grosser Bedeutung und manchmal auch sehr einschneidend. Daher soll es möglich sein, sie einer nochmaligen Prüfung unterziehen zu können. Dies geschieht mit der Berufung an den Appellationsrichter. Er kann dann den Vollzug hemmen und wird dies regelmässig auch tun, wenn es die Sachlage erfordert. Diese Lösung ist sehr zweckmässig, wenn sie sich auch mit den Grundsätzen über Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nicht vereinen lässt. Auch hier äussert sich eben die Formlosigkeit des summarischen Verfahrens.

Zur Rechtskraft gehört auch die Gebundenheit des Richters an die in der Verfügung enthaltene Entscheidung[3]. Diese Gebundenheit ist vom Momente der Eröffnung an vorhanden. Das gilt auch für die Erkenntnisse im Befehlsverfahren. Fällt der Befehlsrichter einen unrichtigen Entscheid und ist dieser vielleicht schon vollzogen worden, so kann er ihn nicht einfach von sich aus abändern. Seine Abänderung kann nur noch im Rechtsmittelverfahren geschehen. Im alten Besitzesschutzverfahren ist es öfters vorgekommen, dass der Bezirksammann den Befehl einfach abgeändert hat und den neuen als appellabel erklärte, wenn er den ersten für unhaltbar ansah oder eine Partei es verlangte[4].

B. Wie steht es nun mit der materiellen Rechtskraft unserer Entscheide? Wir verstehen darunter die Ausschliessung einer erneuten Behandlung der gleichen Streitfrage zwischen den gleichen Parteien in einem nachfolgenden Prozesse. Wie wir schon öfters erwähnt haben, kann eine Verfügung im Befehlsverfahren keine

[3] Stein N 1 I zu § 318 S. 912.

[4] VR II 932.
BesSchProt 1934—37 No. 31 und 32.

materielle Rechtskraft besitzen. Trotzdem müssen wir eine beschränkte annehmen. Alle Befehlsverfügungen sind nämlich in bezug auf ein späteres Befehlsverfahren materiell rechtskräftig. Es kann der gleiche Anspruch unter den gleichen Parteien nicht mehrere Male vor dem Befehlsrichter geltend gemacht werden[5]. Dies würde eine Untergrabung der Rechtssicherheit bedeuten und als Partei wäre man der Willkür des Richters ausgesetzt. In diesem Sinne wird auch die „Rechtskraft" in Art. 395 ZPO zu verstehen sein.

C. Etwas anderes ist es hingegen, wenn der Befehlsrichter einen Anspruch nach Art. 389 Ziff. 1 ZPO wegen Illiquidität abgewiesen hat. Hier hat der Richter gar nicht über den Anspruch entschieden. Mit seiner Verfügung sagt er nur, dass die Verhältnisse für das summarische Verfahren so kompliziert sind, dass er sich mit den zur Verfügung stehenden Mitteln keine Rechenschaft geben kann, welche Partei er schützen soll. Es steht dann dem Kläger frei, seinen Anspruch im ordentlichen Verfahren geltend zu machen oder zu warten, bis durch eine neue Tatsache oder durch Auftauchen eines neuen Beweismittels sein Anspruch liquid erscheint, um dann noch einmal vor den Befehlsrichter zu gehen. Bei einer solchen Sachlage wird ihm sein Prozessgegner die exceptio rei judicatae nicht entgegen halten können.

Weitere Ausnahmen von der beschränkten materiellen Rechtskraft können sich bei den Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung nach Art. 389 Ziff. 2 ZPO zeigen. Versäumt der Petent aus irgend einem Grunde die Klagefrist, die ihm der Befehlsrichter gemäss Art. 394 ZPO gestellt hat, so fällt die Verfügung dahin. Will er später nochmals in der gleichen Sache klagen, so soll ihm der Richter die einstweilige Verfügung nicht versagen, wenn es die Umstände rechtfertigen lassen. Immerhin wird es in diesen Fällen meistens an einem Interesse an der Sicherung fehlen und eine wirkliche Gefährdung des Streitgegenstandes wird kaum mehr vorhanden sein. In einem solchen Falle wird der Richter am besten seine Verfügung von der Anhängigmachung des ordentlichen Rechtsstreites abhängig machen.

Ferner soll es möglich sein, die gleiche Streitsache nochmals zu sichern, wenn unter den gleichen Parteien später ein neuer Prozess anhängig wird. Ist eine Klage im ordentlichen Verfahren möglich und steht die einstweilige Verfügung mit ihr im Zusammenhang, so muss sie immer erkannt werden, wenn die Voraussetzungen dazu vorhanden sind, gleichgültig ob dem Anspruch auf Sicherung der nämlichen Streitsache schon einmal entsprochen wurde. Dies ist ein Ausfluss des besprochenen Prinzipes der Konnexität.

---

[5] Ausnahme bei Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung nach Art. 389 Ziff. 2 ZPO, wenn die gleiche Streitsache in einem folgenden Prozesse nochmals gesichert werden muss. Vgl. S. 114 unten.

D. Keine materielle Rechtskraft besitzen die Verfügungen im Befehlsverfahren gegenüber Urteilen. Ein Urteil hebt die Verfügung ohne weiteres auf. Daraus folgt, dass jeder Anspruch, der im Befehlsverfahren seine Erledigung findet, ohne weiteres vom ordentlichen Richter nochmals entschieden werden kann, sofern er sich dazu eignet, was für Begehren um einstweilige Verfügungen (Art. 389 Ziff. 2) und für rein possessorische Ansprüche (Art. 389 Ziff. 3) nicht zutrifft. Sonst können die genau gleichen Begehren und auch die im Befehlsverfahren als unbegründet hingestellten Einreden wieder geltend gemacht und neue Ansprüche und neue Einreden erhoben werden. Ist der Kläger abgewiesen worden, so kann er seinen Anspruch im ordentlichen Verfahren durchzusetzen versuchen. Ist ihm hingegen Recht gegeben worden, so kann umgekehrt der Beklagte die Sache vor dem ordentlichen Richter wieder aufgreifen und auf Aufhebung der Befehlsverfügung klagen, wenn er glaubt, dort seinen Anspruch besser verfechten zu können.

Einzig Erledigungsbeschlüsse und Vergleiche vor dem Befehlsrichter werden in der Wirkung rechtskräftigen Urteilen gleichgestellt (Art. 458 ZPO). Wird eine Klage am Protokolle abgeschrieben oder kommt ein Vergleich zustande, so sollen diese Ansprüche nicht wieder geltend gemacht werden können. Wir kommen zu dieser Auffassung, weil solche Beschlüsse und Vergleiche nach Art. 458 ZPO wie Urteile vollstreckbar sind. Es ist nicht einzusehen, wieso ein Erledigungsbeschluss des Befehlsrichters oder ein vor ihm abgeschlossener Vergleich eine gesonderte Behandlung erfahren müsste, besonders da schon vermittleramtliche Vergleiche wie Urteile vollstreckt werden (Art. 458 ZPO). Der Unterschied zu einer gewöhnlichen Befehlsverfügung zeigt sich dann in der Vollstreckung, wo für diese Fälle das ordentliche Vollzugsverfahren nach Art. 455 ff. ZPO angerufen werden muss.

Alle andern Befehlsverfügungen entbehren der materiellen Rechtskraft. Diese Auffassung geht indessen nicht klar aus dem Gesetze hervor. Wir leiten sie aber aus dem Zweck des ganzen Institutes und aus Art. 396 ZPO her.

> Durch die Besitzesschutzverfügung wird dem Entscheide des ordentlichen Richters über die Rechtsfrage nicht vorgegriffen.
>
> Bis zum Erkenntnis des ordentlichen Richters ist der Verfügung nachzuleben.
>
> Ist keine Gefahr im Verzuge, so kann jedoch der Richter, der die Besitzesschutzverfügung erlassen hat, den Vollzug bis zum richterlichen Austrage der Sache aufschieben.

Sonderbarerweise spricht dieser Artikel nur von der Besitzesschutzverfügung ohne die Verfügung nach Art. 389 Ziff. 1 ZPO zu erwähnen. In bezug auf die einstweilige Verfügung besteht Klarheit: Diese ist ja nur für die Dauer des ordentlichen Verfahrens gedacht, um nachher wieder wegzufallen. Nicht aber die

Verfügungen auf Grund von Art. 389 Ziff. 1. Haben wir nun in unserem neuen Gesetze einen Redaktionsfehler, eine ungenaue Formulierung, oder will Art. 396 ZPO bewusst eine Ausnahme schaffen, indem nur der Besitzesschutzverfügung als solcher beschränkte materielle Rechtskraft, der Verfügung nach Ziff. 1 aber Urteilscharakter zukommen soll? Die Meinungen sind hier geteilt[6]. Die Praxis sagt darüber noch nichts.

U. E. lässt sich dieses Problem am besten mit der Frage nach dem Zwecke der Ziff. 1 lösen. Das Befehlsverfahren nach Ziff. 1 will Ansprüche, die als klar und unstreitbar angesehen werden können, zu einer raschen Verwirklichung bringen auf Grund einer nur summarischen Kognition, indem sie bei Vorhandensein der zulässigen Beweismittel geschützt werden müssen. Die rechtsuchende Partei soll vorläufig einmal zu ihrem Rechte kommen, in der Hoffnung, dass damit ein kostspieliger ordentlicher Prozess vermieden werde. Wird es aber der unterliegenden Partei möglich, Beweismittel herbeizuschaffen, die sie im summarischen Befehlsverfahren nicht verwenden konnte, so soll es ihr nicht verwehrt sein, diese in einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren geltend zu machen.

Nach der andern Auffassung, die wir nicht teilen können, will Ziff. 1 Rechtsverhältnisse abschliessend und endgültig zur Beurteilung bringen, bei denen die eine Partei aus lauter Böswilligkeit oder aus irgend einem unzutreffenden Rechtsgrunde nicht leisten will und dies offenbar hervorgeht. Dann soll eben nicht der gleiche Anspruch zweimal zur Beurteilung gelangen, weil bei solchen Fällen die summarische Kognition genügen wird. Darum will Art. 396 ZPO eine Ausnahme schaffen und nur der Besitzesschutzverfügung eine beschränkte materielle Rechtskraft geben. Die Verfügung nach Ziff. 1 soll demnach ein Urteil sein und vor dem ordentlichen Richter die exceptio rei iudicatae begründen.

Gegen diese Auffassung spricht aber schon das Wesen des summarischen Verfahrens. In ihm liegt ja nicht etwas Definitives, sondern nur etwas Provisorisches. Die zweite Auffassung hätte zur Folge, dass im Kanton St. Gallen eine beträchtliche Zahl von Rechtsstreitigkeiten unabhängig von Streitwert und sachlicher Zuständigkeit vor einem Einzelrichter auf Grund einer summarischen Kognition abschliessend und definitiv entschieden werden könnte. Das hat der Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt, weil er umgekehrt die Zuständigkeit des Einzelrichters und der Gerichtskommission von einer vorsichtig angesetzten Höhe des Streitwertes abhängig gemacht hat. Ein solcher Grundsatz würde sicher zu einer Rechtsverkümmerung, wenn nicht zu einer Rechtsverweigerung führen. Weiterhin müsste die Praxis in bezug auf Ziff. 1

[6] Nach Aussprachen mit Richtern und Anwälten.

eine sehr vorsichtige sein, indem bei jeder Einrede, die nicht ganz offenbar fingiert ist, abgewiesen werden müsste. Der Weg zu einer gewissen Trölerei würde dadurch geöffnet werden, weil jede Gegenpartei versuchen könnte, durch irgend eine Einrede den Anspruch als illiquid darzustellen. Das würde ihr durch die Geltendmachung von Willensmängeln oder Bezeichnung von im Befehlsverfahren unzulässigen Beweismitteln leicht gelingen. Die Folge davon wäre, dass ein an sich berechtigter Kläger immer gezwungen wäre, den kostspieligen und langwierigen Weg des ordentlichen Verfahrens zu betreten.

Des weiteren muss gesagt werden, dass schon die Voraussetzungen der Anwendung von Ziff. 1 unklar sind. Denn was klares Recht ist und wann die Verhältnisse unstreitbar sind, das sind Ermessensfragen und hangen von der Persönlichkeit des Richters und nicht zuletzt von den Parteien ab. Auf Grund einer solchen dehnbaren Voraussetzung sollte der Richter doch kein Urteil fällen können.

Nach dieser Auffassung müsste ein solcher Entscheid gemäss Art. 56 und 58 OG ein kantonales Haupturteil sein, das bei genügend hohem Streitwerte der Berufung an das Bundesgericht fähig wäre. Wir fragen uns, ob das Bundesgericht darauf eintreten würde.

Endlich soll die Haltlosigkeit der zweiten Auffassung noch historisch anhand der Gesetzesmaterialien nachgewiesen werden. Im ersten inoffiziellen Entwurf vom 6. November 1930 ist die Ziff. 1 bereits mit dem gleichen Wortlaut enthalten (Art. 387 Entw.). Art. 389 Entw. bestimmt dazu, dass jede Verfügung des summarischen Richters auf dem Klagewege vom ordentlichen Richter bestätigt werden müsse, ansonst die Verfügung dahin falle. Wir sehen schon hier den rein provisorischen Charakter einer solchen Befehlsverfügung.

Im folgenden Entwurf des Justizdepartements vom 31. Dez. 1932 erscheint dort der gleiche Artikel wie in der geltenden ZPO mit der bestrittenen Bestimmung, dass durch die „Besitzesschutzverfügung" dem Entscheide des ordentlichen Richters nicht vorgegriffen werde. Dieser Artikel ist in allen folgenden Entwürfen bis zur heutigen ZPO geblieben, ohne auch nur eine Aenderung zu erfahren[7]. Ebenso zeigen die vielen Verhandlungen über die ZPO keine Meinungsverschiedenheiten in bezug auf diesen Artikel[8]. Hätte der Gesetzgeber nun den Verfügungen auf Grund der Ziff. 1 unbeschränkte materielle Rechtskraft geben wollen, so wäre eine

[7] Vgl. den Entwurf des RegR vom 23. April 1937, Art. 397. Entwurf der grossrätlichen Kommission vom 1. Juli 1938, Art. 396.

[8] Prot. der grossrätlichen Kommission zur Beratung des Entwurfes vom Jahre 1937.
Abänderungsanträge der grossrätl. Kommission, Jan. 1938.
Abänderungsanträge der Redaktions-Kommission, Febr. 1938.

so wesentliche Frage sicher diskutiert worden. Von all diesem finden wir keine Spur. Früher hatte man eben für alle Verfügungen im Besitzesschutzverfahren den Ausdruck „Besitzesschutzverfügung" gebraucht, gleichgültig, ob es sich um die Herausgabe einer Sache oder um eine Exmission handelte. Was der Bezirksammann entscheiden konnte, war entweder eine einstweilige Verfügung oder dann allgemein eine Besitzesschutzverfügung. Deshalb ist wahrscheinlich der Ausdruck „Besitzesschutzverfügung" in unser Gesetz hineinkommen, in der Meinung, dass auch die Verfügungen nach Ziff. 1 darunter verstanden sein wollten, obwohl hier von einer Besitzesschutzverfügung nicht gesprochen werden kann.

Als letztes Argument gegen die obige Auffassung können wir den Wortlaut der Botschaft zum Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 1. Mai 1937[9] heranziehen, die einmal auf die ganze provisorische Regelung des Rechtstreites hinweist und weiterhin die Uebernahme der Ziff. 1 aus der ZüZPO zugibt. Daraus ist ebenfalls zu schliessen, dass das Befehlsverfahren der St. Gallischen ZPO dem Zürcherischen analog sein soll. In diesem ist aber durch Gesetz und Praxis einwandfrei festgestellt, dass jeder Entscheid des summarischen Richters mit wenigen Ausnahmen ohne weiteres vor den ordentlichen Richter gezogen werden kann[10].

Aus all den obigen Darlegungen sehen wir, dass Art. 396 ZPO ungenau redigiert ist. Der Ausdruck „Besitzesschutzverfügung" hat auch für die Ziff. 1 des Art. 389 Gültigkeit. Richtig und unzweifelhaft wäre gewesen, wenn statt

„Durch die Besitzesschutzverfügung..."

der erste Absatz so gelautet hätte:

„Die Verfügungen im Befehlsverfahren greifen einem Entscheide des ordentlichen Richters nicht vor."

Wie gesagt, kann erst das Urteil selbst diese Befehlsverfügung aufheben. Es kann nicht etwa der Präsident eines Kollegialgerichts die Verfügung einfach für nichtig erklären oder abändern. Der ordentliche Richter bleibt an die Verfügung gebunden bis das Urteil formell rechtskräftig geworden ist. Er kann die Verfügung auch nicht sistieren. Dies sagt Art. 396,3 ZPO ausdrücklich. Nur der Befehlsrichter, der die Verfügung erlassen hat, kann dies tun, sofern keine Gefahr im Verzuge ist. Es braucht dazu ein begründetes schriftliches Gesuch des durch die Verfügung Betroffenen. Selbstverständlich kann die Sistierung auch von einer Sicherstel-

---

[9] S. 73 der Botschaft. Vgl .auch das Geleitwort zur St. GallZPO von 1939 S. 3.

[10] § 105 ZüZPO; Sträuli Kom. S. 197 ff.
BlZüR 10/7; 11/143; 12/123.
Baur S. 45 ff. und a. a. O.

lungssumme abhängig gemacht werden, wenn besondere Umstände es erfordern[11].

Eine spezielle Stellung nehmen hier wiederum die einstweiligen Verfügungen ein. Sie bleiben solange in Kraft, bis das Urteil im Hauptprozess rechtskräftig geworden ist. Kommt der Rechtsstreit als Appellationssache vor Kantonsgericht, so bleiben sie bestehen; desgleichen, wenn der Entscheid durch Berufung an das Bundesgericht weitergeleitet wird. Auch hier dürfen sie nicht abgeändert werden, weder vom Präsidenten der betr. Kammer des Kantonsgerichts, noch vom Bundesgericht (Art. 78 OG). Das Gesetz gibt ihnen diese Kompetenz nirgends. Auch von einer Sistierungsmöglichkeit steht nichts. Diese Regelung ist nicht sehr befriedigend; denn es fehlt hier die Möglichkeit, die einstweilige Verfügung dem Stande der Dinge anzupassen. Durch die lange Prozessdauer wird sich die Sachlage öfters verändern. Es müssen ergänzende Verfügungen getroffen werden oder die Notwendigkeit von vorläufigen Verfügungen zeigt sich erst im Momente einer Weiterziehung usw. Die Präsidenten der oberen Gerichte sollten hier die Freiheit haben, das Notwendige anordnen zu können. Doch wie schon gesagt, will sich der Kantonsgerichtspräsident mit dem Erlass solcher Verfügungen nicht abgeben[12]. Endgültig wird dann die Gerichtspraxis entscheiden, ob die jetzige Regelung befriedigend ist.

IV. Insbesondere der Rechtscharakter und die Wirkung der einstweiligen Verfügungen des Handelsgerichtspräsidenten

Wie wir gesehen haben, kann nach Art. 313,4 ZPO der Handelsgerichtspräsident zum Schutze des gewerblichen Eigentums einstweilige Verfügungen erlassen, wenn die Voraussetzungen des Art. 389 Ziff. 2 ZPO vorhanden sind. Formell lassen sich diese Massnahmen nicht mit den inhaltlich gleichen des Befehlsverfahrens vergleichen. Es sind keine eigentliche selbständige Verfügungen. Kraft der Stellung des Handelsgerichtspräsidenten können sie auch nicht mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Berufung weitergezogen werden; denn der Appellationsrichter steht nicht über dem Handelsgerichtspräsidenten (Art. 420 ZPO). So bekommen diese Verfügungen eher den Charakter von prozessleitenden Verfügungen, aber ebenfalls mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht[13]. Ihnen fehlt sowohl die materielle wie die formelle Rechtskraft, wenn auch das Gesetz in Art. 313,4 ZPO von Rechtskraft spricht. Unter „sofort in Rechtskraft erwachsen" versteht der Gesetzgeber lediglich die unverzügliche Vollstreckbarkeit einer Verfügung. In-

[11] VP I 283.

[12] Vgl. die Ausführungen auf S. 94 dieser Arbeit.

[13] Siehe die Ausführungen auf S. 103.

folge der mangelnden materiellen wie formellen Rechtskraft müssen wir annehmen, dass der Handelsgerichtspräsident auch befugt ist, seine Verfügungen abzuändern, wenn er es für nötig erachtet.

Eine solche Verfügung kann aber mit einem Entscheide des Befehlsrichters in Konflikt kommen, wenn eine im Befehlsverfahren nach Art. 389 Ziff. 1 ZPO unterlegene Partei ihren Anspruch nun vor dem Handelsgericht geltend macht und diesen durch eine einstweilige Verfügung des zuständigen Handelsgerichtspräsidenten zu sichern sucht. Eine solche Verfügung kann u. E. ohne weiteres erlassen werden, auch wenn sie inhaltlich dem Entscheide des Befehlsrichters nach Ziff. 1 widerspricht. In formeller Hinsicht kann auch der Handelsgerichtspräsident die Verfügung des Befehlsrichters nicht einfach aufheben oder ungültig erklären. Auch sie wird erst durch das nachfolgende Urteil aufgehoben. Die Wirkung einer solchen einstweiligen Verfügung besteht einfach darin, dass durch deren Erlass das Erkenntnis des Befehlsrichters suspendiert wird[14]. Ein spezielles Sistierungsgesuch wird daher nicht nötig sein. Leider lassen sich in der Praxis keine Anhaltspunkte finden. Verletzungen des gewerblichen Eigentums sind für den summarischen Richter meistens schwierig festzustellen. Deshalb sind solche Fälle sehr selten.

V. Der Inhalt der Verfügungen in materieller Hinsicht

A. Inhaltlich können diese Verfügungen, wie wir bereits sehen konnten, sehr verschieden sein. Nach Art. 392 ZPO können sie in Amtsbefehlen zu einem *Tun oder Unterlassen* bestehen, in *Anordnungen unparteiischer Verwahrung,* in der *Auferlegung von Sicherstellung,* in der *Vornahme der anbefohlenen Massnahmen oder Handlungen* und in *ähnlichen Zwangsmassnahmen.* Was das Gesetz mit der „Vornahme der anbefohlenen Massnahmen oder Handlungen" oder „ähnlichen Zwangsmassnahmen" sagen will, ist nicht sehr klar, da ja der Befehlsrichter bei uns nicht Vollstreckungsorgan ist. Für die Vornahme solcher Zwangsmassnahmen ist ja der Bezirksammann als Vollziehungsbehörde kompetent

---

[14] Das ähnliche Problem zeigt sich z. B. in Zürich, wo der summarische Richter einstweilige Verfügungen nur vor der Klageanhebung erlassen darf, nach der Rechtshängigkeit eines Hauptanspruches ist nur noch der erkennende Richter zuständig.
§ 131 ZüZPO. Hier nimmt nun allerdings die Praxis an, dass der erkennende Richter ohne weiteres die vom summarischen Richter erlassenen einstweiligen Verfügungen aufheben, abändern oder sistieren kann. BLZüR 10/7; 12/123; 11/143.
Doch lässt sich diese Sachlage eben nicht in allen Punkten mit der Unserigen vergleichen.

(Art. 456 ZPO). Wir kommen daher zur Auffassung, dass das Gesetz hier dem Befehlsrichter die Befugnis geben will, neben einer Busse nach Art. 392,2 ZPO solche entsprechende Zwangsmassnahmen anzudrohen, um den Befehl so zwingend als möglich zu gestalten (Siehe näheres unter F).

B. Den grössten Raum nehmen natürlich die Befehle zu einem Tun oder Unterlassen ein, also die Gebote und Verbote. An Befehlen zu einem Tun finden wir die häufigsten auf dem Gebiete der Erfüllung von Schuldverhältnissen. Es wird die Herausgabe von Sachen auf Grund eines Vertrages oder einer materiellen Gesetzesbestimmung befohlen. Ferner weisen wir auf die Anordnungen von Eintragungen, Löschungen und Vormerkungen im Grundbuch, Handelsregister und andern öffentlichen Registern ähnlichen Charakters hin, ferner auf die Einsetzung in den Besitz oder die Rückgabe einer entzogenen Sache usw.

Häufiger finden wir die Verbote. Diese können sich aber nur an bestimmte Personen richten. Verlangt eine Person ein allgemeines privatrechtliches Verbot, wie z. B. das Verbot, eine Wiese zu betreten, so kann das Befehlsverfahren gemäss alter Praxis nicht in Frage kommen[15], obwohl es auch dafür gut geeignet wäre. Ein solches Verbot muss vom Gemeinderat ausgesprochen werden[16]. Er kann es auf Grund eines Gesuches erlassen. Bestehen Zweifel über die Zulässigkeit eines solchen Verbotes, so weist der Gemeinderat den Bewerber an das Aufrufsverfahren gemäss Art. 402—403 ZPO. Erst wenn Dritte keine Ansprüche erheben, erlässt die Behörde das allgemeine Verbot.

Inhaltlich enthalten diese Verbote des Befehlsverfahrens die verschiedensten Sachen. Wir erinnern an die Verfügungsbeschränkungen nach Art. 960 Ziff. 1 ZGB, an Verfügungsverbote über Wertschriften, an Unterlassungsverbote bei Verletzungen im immateriellen Güterrechte oder im Besitzesschutz usw. Im übrigen können wir auf die Voraussetzungen des Befehlsverfahrens hinweisen, wo wir die verschiedenen Möglichkeiten bereits erwähnt haben[17].

C. Als weitere Massnahmen nennt das Gesetz die Anordnun-

---

[15] Vergl. einen falschen EAppR vom 29. Mai 1941, wo dem „Impetraten und jedem Dritten" der Eingriff in eine Liegenschaft verboten wurde.

[16] Die gesetzliche Grundlage bildet Art. 69 des Gesetzes betr. Organisation der Verwaltungsbehörden der Gemeinden und Bezirke vom 1. März 1867. (Amtl. Samml. AF Bd XVII S. 57).
Ferner ein Kreisschreiben des Kleinen Rates vom 3. Jan. 1853. (Amtl. Bekanntmachungen 1853 S. 3 oder Amtl. Gesetzessamml. AF Bd IV S. 459).
Ferner gibt uns über das Verfahren für allgem. Weg- und Fahrverbote Aufschluss: VP II 362; III 239.

[17] Vgl. die Ausführungen auf S. 43 ff.

gen unparteiischer Verwahrung. Wir haben hier die sog. Sequestrationsverfügungen. Es wird der Partei, die den streitigen Gegenstand in ihrem Besitze hat, befohlen, denselben an einem bestimmten Ort zu hinterlegen und dem Aufbewahrer zugleich verboten, während einer bestimmten Zeit, die meistens der Prozessdauer entspricht, die Sache herauszugeben.

D. Als nächste Verfügungsart nennt das Gesetz die Auferlegung einer Sicherstellung. Sie spielt vor allem bei den einstweiligen Verfügungen zur Sicherung der Rechtsverfolgung eine Rolle. Meistens handelt es sich um diejenigen Tatbestände, bei denen von einer Verfügung abgesehen werden kann, wenn der Beklagte eine genügende Sicherheit bietet. Die Anwendungsmöglichkeit dieser Verfügungsart kommt bei einschneidenden Massnahmen in Frage. Nehmen wir an, dass ein zur Geschäftsführung unbedingt notwendiger Gegenstand verwahrt oder sogar anlässlich eines Patentstreites ein Geschäft geschlossen werden sollte. Eine solche Massnahme erweist sich meistens als viel zu rigoros, indem vor allem der Ruf der Firma zu sehr darunter leiden würde. In den meisten Fällen kann gegen eine Sicherstellung davon abgesehen werden.

Die ZPO gestattet, sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten eine Kaution aufzuerlegen. Dadurch wird eine Anpassung an die Bedürfnisse der Parteien ermöglicht, indem der Richter die Interessen der Parteien in billiger Weise berücksichtigen und abwägen kann. Erscheint ihm eine einstweilige Verfügung als unbedingt notwendig, so kann er sie trotz drohendem Schaden für die Gegenpartei erkennen. Er macht sie einfach von einer Kaution des Klägers abhängig. Ist die Gegenpartei vertrauenswürdig und kann der Richter unter Umständen von einer einstweiligen Verfügung absehen, so sichert er den Kläger, indem er von der Gegenpartei eine Sicherstellung verlangt.

E. Was die Verfügung zur Sicherung der Rechtsverfolgung anbetrifft, so können sie inhaltlich sowohl auf eine Erhaltung des bestehenden Zustandes gerichtet sein, als auch bereits auf eine vorläufige Verurteilung lauten, unabhängig davon, ob sie vor oder nach Anhebung des ordentlichen Rechtsstreites verlangt werden. Dies lesen wir aus der Formulierung des Art. 389 Ziff. 2 ZPO heraus: „Das Befehlsverfahren.... findet statt.... zur Erhaltung des bestehenden Zustandes oder zu vorläufigen Anordnungen.... um einer Partei die Möglichkeit der Rechtsverfolgung zu sichern." Von Bedeutung wird diese vorläufige Verurteilung vor allem bei Verletzungen des immateriellen Güterrechts. Hier hat eine einstweilige Verfügung nur einen Wert, wenn eine solche Verletzung sofort, sogar vor Rechtshängigkeit der ordentlichen Klage, unterbunden werden kann. Es muss

z. B. bei einer Urheberrechtsverletzung sofort die Herstellung des Werkes oder jede weitere Verbreitung untersagt werden. Inhaltlich wird das Urteil zum grössten Teil gleich lauten. Könnten nur Verfügungen zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes getroffen werden, wie es in vielen Prozessordnungen der Fall ist[18], so wäre es nicht möglich, die Verletzungen zu verhindern. Es müsste in vielen Fällen bis zum Urteil gewartet werden, sofern nicht das materielle Recht solche vorläufigen Verfügungen vorsieht[19]. Mit Rücksicht auf diese besonders schwerwiegenden Fälle müssen wir sagen, dass die Formulierung des Art. 389 Ziff. 2 ZPO eine ausgezeichnete ist, indem sie sämtliche Möglichkeiten ins Auge gefasst hat[20].

F. Damit nun der Verfügung nachgelebt wird, muss sie jedes Mal mit einer Androhung verbunden werden. Diese Androhung soll im allgemeinen so angeordnet werden, dass die Verfügung immer erzwungen werden kann.

1. Die wichtigste und häufigste Androhung ist die Busse (Art. 392,2 ZPO).

> „Für die Nichtbeachtung von Amtsbefehlen soll eine Busse von Fr. 20.— bis zu Fr. 1000.— angedroht werden. Es kann auch für jeden Tag der Nichtbeachtung oder für jede Uebertretung eine Busse von Fr. 5.— bis Fr. 100.— angesetzt werden."

Das „Soll" verpflichtet den Richter in allen Fällen, die Nichtbefolgung des Amtsbefehls mit Busse anzudrohen.

---

[18] ZüZPO § 292 Ziff. 2 (vor Rechtshängigkeit, Sträuli Kom. N 4 zu § 292)
§ 131 (nach Rechtshängigkeit, Sträuli Kom. S. 238).
ThurZPO § 196/197 (Böckli Kom. N 2 zu Art. 197).
BündZPO Art. 61. (nicht ganz klar).
GlarZPO § 277 Ziff. 2.

[19] Wir finden solche z. B. im

PatG	Art. 43	aber erst nach erfolgter Litispendenz. (Vgl. Guyer, die vorsorglichen Maßnahmen in Pat.-Sachen. SJZ Bd. 6 S. 157).
MSchG	„ 31	
MMG	„ 28	
URG	„ 52	vor und nach der Rechtshängigkeit.
UWG	„ 9	vor und nach der Rechtshängigkeit.

(Vgl. die nun allerdings veralteten Beiträge von
E. Steiner, Vorsorgl. Massnahmen gegen unlauteren Wettbewerb, SJZ Bd 30 S. 26.
Meyer-Wild, Massnahmen zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, SJZ Bd 30 S. 177).

[20] Aehnlich SchaffhZPO in § 449. Nicht sehr klar in der LuzZPO § 351/52. BernZPO Art. 326 Ziff. 2 und 3.

Sehr oft wird man mit dieser Busse auskommen; denn sie ist nicht etwa nur eine Ordnungsbusse wie z. B. diejenige des § 293 Ziff. 2 ZüZPO, sondern sie hat strafrechtlichen Charakter. Dies lässt sich vor allem aus Art. 460 ZPO und aus Art. 194 ff. schliessen, wo das Gesetz im Gegensatz zu dieser strafrechtlichen Busse, von Ordnungsbussen spricht. Die Zulässigkeit einer solchen Strafandrohung durch das kantonale Prozessrecht ergibt sich aus Art. 335 StGB, das die Strafandrohung für Uebertretungen von Prozessvorschriften den Kantonen überlässt.

Die Androhung dieser Busse kann nun vom Richter auf verschiedene Arten vorgenommen werden, je nachdem der Befehl inhaltlich auf eine Leistung oder auf eine Unterlassung gerichtet ist. Lautet er auf ein Tun, so wird er dessen Nichtbefolgung mit einer Busse androhen. Geht aber der Befehl inhaltlich auf eine Unterlassung, so genügt eine einmalige Bussenandrohung nicht. Jede zukünftige Verletzung muss mit Busse bedroht sein. Nur so hat die Verfügung einen Wert. Art. 392,2 ZPO lässt dies auch richtigerweise zu.

Es frägt sich nun in diesem Zusammenhange, ob der Richter auf Grund von Art. 392,2 ZPO eine konkrete Busse oder nur den Bussenrahmen androhen muss. Art. 392,2 ZPO lässt beides zu. Die Praxis hat darum auch verschiedene Wege eingeschlagen[21]. Unter dem alten Besitzesschutzverfahren hat der Bezirksammann regelmässig einen konkreten Betrag als Busse angedroht und die meisten Gerichtspräsidenten haben die Praxis übernommen. Unter Würdigung aller Umstände kommen wir zur Auffassung, dass der Befehlsrichter nicht einen konkreten Betrag als Busse, sondern nur den Strafrahmen androhen soll. Ohne Zweifel lässt Art. 392,2 ZPO diese Auslegung zu[22]. Dies entspricht auch den allgemeinen strafrechtlichen Auffassungen über die Strafandrohung, indem jedes

---

[21] Die meisten BezGerPr drohen eine konkrete Busse an. Eine Ausnahme bildet der GerPr von Rorschach, der gemäss unserer Auffassung den Strafrahmen androht.
EBezGerPr von Rorschach vom 5. Nov. 1942; 30. Sept. 1942; 20. Okt. 1942; 4. Dez. 1942; 10. Febr. 1943; 12. März 1943; 19. April 1943.

[22] Immerhin ist die ZPO nicht eindeutig klar. Art. 460 ZPO spricht davon, dass wenn die „in einem richterlichen .... Befehl angedrohte Busse verfallen" ist, der Bezirksammann sein Straferkenntnis fällt. Daraus könnte geschlossen werden, dass das Gesetz doch für die Androhung einer konkreten Busse ist. Hingegen spricht der gleiche Artikel wieder von einer „durchgeführten Untersuchung" und von einem „Straferkenntnis mit Erwägungen", ferner von einer Rekursmöglichkeit gegen das bezirksamtliche Erkenntnis. Dies hat alles nur einen Wert, wenn der Bezirksammann und nicht der Befehlsrichter die Busse festsetzen kann.

Strafgesetz einen bestimmten Strafrahmen androht und den Richter nach der begangenen Tat die Höhe der Strafe nach dem Verschulden des Täters festsetzen lässt. Droht der Befehlsrichter in seiner Verfügung einen konkreten Betrag als Busse an, so liegt darin eine gewisse Unbilligkeit, weil er noch gar nicht weiss, ob die unterlegene Partei dem Befehl nachkommen wird oder nicht. Die Höhe der Busse muss er irgendwie mutmasslich oder willkürlich festsetzen, obwohl er mit mildernden Umständen oder eventuell mit Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgründen rechnen muss. Ferner verpflichtet Art. 460 ZPO den Bezirksammann nach durchgeführter Untersuchung ein Straferkenntnis mit Erwägungen zu fällen. Das kann nur heissen, dass er jede Nichtbefolgung eines Befehls genau untersuchen muss, um dann als Strafrichter unter Berücksichtigung des Verschuldens und aller mildernden Umstände innerhalb des vom Bezirksgerichtspräsidenten angedrohten Strafrahmens die Höhe der Busse auszusprechen. Nur so ergibt sich die Möglichkeit, die Busse den konkreten Verhältnissen anzupassen. Zuletzt wird unsere Ansicht noch durch einen Entscheid der Rekurskommission bekräftigt[23], in welchem folgende Wegleitung für die zukünftige Praxis enthalten ist:

> „Im Verfahren nach Art. 460 ZPO ist der Bezirksammann nicht einfach an die Bussenandrohung des Gerichtspräsidenten gebunden. Die Vorschrift, dass der Bezirksammann einen Untersuch und ein Straferkenntnis mit Erwägungen zu erlassen hat, spricht dafür, dass er den Fall in objektiver und subjektiver Hinsicht abzuklären und auf Grund seines Befundes die Busse auszusprechen hat....
>
> Subjektive entlastende Momente solle nicht ausser Acht gelassen werden. Das Resultat dieser Prüfung kann eine Busse in der Höhe der im Amtsbefehl enthaltenen Androhung leicht als unbillig erscheinen lassen, weshalb der Bezirksammann ohne weiteres von der zum voraus erlassenen Androhung abweichen kann."

Aus dieser Wegleitung ersehen wir, dass die Androhung einer konkreten Busse durch den Bezirksgerichtspräsidenten völlig zwecklos ist, weil der Bezirksammann gar nicht daran gebunden ist[24].

In manchen Bezirken[25] wurde auch die Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsam gegenüber amtlichen Verfügungen gemäss Art. 292 StGB angedroht. Der Unterschied gegenüber der Strafandrohung der ZPO zeigt sich darin, dass der Richter eine Busse bis zu Fr. 2000.— androhen kann. Ferner besteht die Mög-

---

[23] ERK vom 4. Sept. 1942 Ew 3d.

[24] Ueber weitere Konsequenzen der einen, wie der andern Auffassung siehe nächstes Kapitel über die Vollstreckung auf S. 132 ff.

[25] Z. B. in Rorschach EBezGerPr vom 27. 4.; 1. 5.; 20. 5.; 22. 5.; 23. 7.; 24. 7; 23. 9. 1942.

lichkeit auf Haft oder Busse zu erkennen, während nach der ZPO nur Busse ausgesprochen werden kann.

Wir müssen dieser Ueberweisung an den Strafrichter gemäss Art. 292 StGB entgegenhalten, dass sie neben Art. 392,2 ZPO keinen Platz hat. Art. 292 StGB hat rein subsidiären Charakter[26]. Er gilt nur, wenn der Kanton es unterlassen hat, eine Strafsanktion für den Ungehorsam gegenüber amtlichen Verfügungen aufzustellen. Die Kompetenz, den Ungehorsam gegenüber Prozessvorschriften mit Strafe zu bedrohen, erhält der Kanton durch Art. 335 StGB. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, wie es der Kanton St. Gallen gemacht hat, so will er damit die Regelung des Art. 292 StGB ausschliessen.

2. Die Vornahme der anbefohlenen Massnahme oder Handlung weist auf eine Androhung von Exekution, da ja der Befehlsrichter solche Anordnungen nicht selbst vornehmen kann (Art. 456 ff. ZPO). Die Androhung von Realexekution wird wohl meistens das Beste sein, wenn sie sich durchführen lässt; denn nur so wird dem Anspruch der klägerischen Partei wirklich nachgelebt. Vor allem kommt die Exekutionsandrohung in Frage bei Herausgabebefehlen von Sachen und bei Ausweisungsverfügungen an Mieter und Pächter. Die Form dieser Androhung besteht einfach in der Orientierung der Partei, dass bei Nichtfolgeleistung des Befehls die Einsetzung in den Besitz oder in den Gebrauch der Sache mit Polizeigewalt erfolge (Art. 456 Ziff. 3a).

3. Unter ähnlichen Zwangsmassnahmen versteht Art. 392,2 ZPO wohl die Androhung von gewissen Rechtsnachteilen. Hier soll der Richter besonders darauf schauen, dass sie mit der verfügten Massnahme in einem vernünftigen Zusammenhange stehen. Sie sollen dem Mass und der Bedeutung der Verfügung in billiger Weise entsprechen. Diese Androhung von Rechtsnachteilen kann nun je nach der Art der Verfügungen sehr verschieden sein. So kann z. B. mit einem Verbot, Persönlichkeitsrechte zu verletzen, die Androhung der Veröffentlichung des Entscheides verbunden werden. Bei Befehlen auf Erbringung von vertretbaren Leistungen besteht die Möglichkeit, deren Vollzug durch Dritte anzudrohen (Art. 98 OR). Bei Patent- oder Urheberrechtsverletzungen usw. kann die Androhung in der Vornahme einer Beschlagnahme oder Zerstörung der nachgeahmten Erzeugnisse bestehen, wenn der Verfügung innerhalb einer bestimmten Frist nicht nachgelebt wird (Art. 43 und 45 PatG; Art. 53 und 54 URG). Bei Befehlen auf Sicherstellung wird es am einfachsten sein, den

---

[26] Thormann u. Overbeck Kom. N 2 zu Art. 292.
Germann Bemerkungen zu Art. 292 StGB.

sofortigen Erlass einer einstweiligen Verfügung oder den Verlust der Sicherstellung anzudrohen.

Die grosse Verschiedenheit der Fälle und die vielen Androhungsmöglichkeiten bieten dem Richter immer eine Gelegenheit, etwas Zweckmässiges anzuordnen, um den Befehl so zwingend als möglich zu gestalten. Im einen Falle wird die Androhung von Busse genügen, während sie in einem andern mit der Androhung von Exekution oder Rechtsnachteilen verbunden werden muss.

VI. Der Inhalt der Verfügungen in formeller Hinsicht

Darüber wie ein Entscheid des Befehlsverfahrens formell abgefasst werden muss, sagen uns die gesetzlichen Bestimmungen herzlich wenig. Art. 392 ZPO spricht nur von Amtsbefehlen. Der ebenfalls für das Befehlsverfahren geltende Art. 379 ZPO sagt, dass im Falle einer Verkündung des Erkenntnisses an der Tagfahrt ohne Erwägungsgründe, das vollständige Erkenntnis innert sieben Tagen den Parteien schriftlich zuzustellen ist. Die allgemeinen Bestimmungen über die richterlichen Erkenntnisse und Verfügungen (Art. 184 ff. ZPO) regeln nur die Formvorschriften der Urteile, Vorentscheide und Beschlüsse. Da sich aber die Verfügungen des Befehlsverfahrens in diese Kategorien nicht einreihen lassen, musste sich die Praxis ihren eigenen Weg schaffen. Sie hält sich dabei im wesentlichen an die für Urteile und Vorentscheide geltenden Vorschriften. Jeder Entscheid des Befehlsverfahrens enthält demnach:

1. Die Bezeichnung der richterlichen Instanz, also den Einzelrichter (Bezirksgerichts- oder Handelsgerichtspräsident, event. Gemeindeammann) im Befehlsverfahren.
2. Das Datum des Erkenntnisses.
3. Die Bezeichnung der Parteien, ihrer Vertreter oder Rechtsbeistände.
4. Die Rechtsbegehren der Parteien.
5. Eine gedrängte Darstellung der wesentlichsten tatsächlichen Verhältnisse, der Begründung durch die Parteien und die Beweisergebnisse.
6. Die rechtlichen Erwägungen.
7. Das eigentliche Dispositiv. Bei Zuspruch des Begehrens ist der Amtsbefehl zu erlassen, der sich an ganz bestimmte Personen zu richten hat[27]. Dabei sind die Massnahmen anzudrohen, die bei einer Nichtbefolgung des Befehls eintreten. Wird das Begehren abgewiesen, so muss im Dispositiv deutlich gesagt werden,

[27] Nicht z. B. an die Familie X; da man nicht weiss, wer hier verpflichtet ist. EKG 1911 No. 5.

dass von einem Amtsbefehl abgesehen wird. Ferner ist in allen Fällen ein Kostenspruch aufzunehmen.

8. Die Unterschrift des Befehlsrichters.

9. Die Angabe des ordentlichen Rechtsmittels (Berufung) der Rechtsmittelinstanz (Appellationsrichter) und die Frist zur Geltendmachung (14 Tage oder unter Umständen nur fünf Tage).

Für jede Zusprechung oder Abweisung eines Anspruches muss diese Form eingehalten werden. Bei einer Abschreibung zu Protokoll oder einem gerichtlichen Vergleich fallen die Erwägungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht weg.

VII. Der Kostenspruch

Aus der selbständigen Natur des Entscheides folgt, dass auch über die Kosten ein Erkenntnis gefällt werden muss. Wir finden unter den Bestimmungen des Befehlsverfahrens allerdings keine Norm, die uns etwas darüber sagen würde. Es gelten demnach die Vorschriften des allgemeinen Teils der ZPO (Art. 135 ff. ZPO). Hier wird zwischen amtlichen Kosten (Art. 135 bis 142 ZPO) und ausseramtlichen Kosten (Art. 143 bis 148 ZPO) unterschieden. Zu den ersteren gehört einmal die Einschreibegebühr, die vom Gesuchsteller bei Anhängigmachung des Begehrens zu entrichten ist. Sie bildet Voraussetzung der Einschreibung. Wird sie nicht geleistet, so hat der Befehlsrichter der säumigen Partei eine Notfrist anzusetzen, ansonst die Einschreibung als nicht erfolgt gilt (Art. 135 ZPO). Diese Einschreibegebühr ist ihrer Natur nach ein Vorschuss, um die ersten Auslagen zu begleichen. Weitere Gerichtskosten können entstehen durch die verschiedenen Schreiben an die Parteien, ferner durch Barauslagen für Requisitionen, Zeugen oder Sachverständige. Dann weisen wir auf die Gebühren für die Ausfertigung des Erkenntnisses, für Stempel, Porti usw. hin. Alle diese Auslagen bilden die sog. amtlichen Kosten. Ihre Höhe richtet sich einerseits nach der Erledigungsart (materielle Entscheidung, Abschreibung infolge Rückzuges, Vergleichs oder Anerkennung), nach dem Umfang der richterlichen Arbeit und andererseits nach dem Prozessinteresse (Art. 136 ZPO). Im summarischen Verfahren werden die Kosten in der Regel beim Gesuchsteller bezogen. Wer sie endgültig zu tragen hat, entscheidet sich nach den allgemeingültigen Regeln über die Kostenverlegung. Der Gesuchsteller, von dem die Kosten zunächst bezogen worden sind, hat alsdann für die seinem Gegner auferlegten Kosten das Rückgriffsrecht (Art. 137 ff.).

Siegt keine der Parteien vollständig, so findet eine verhältnismässige Teilung statt (Art. 137,2 und Art. 143,1 ZPO). Eine Reduktion dieser Kosten kann stattfinden, wenn durch das Erkenntnis eine grundsätzliche Frage der Rechtsanwendung oder der Rechts-

auslegung erstmals entschieden wird, über die man in guten Treuen verschiedener Auffassung sein kann (Art. 136,2 ZPO).

Die ausseramtlichen Kosten sind die Parteikosten. Darunter verstehen wir die Parteientschädigung für die Gerichtskosten und die in der Gerichtssprache geläufigen ausserrechtlichen Kosten (Art. 143 ZPO). Letztere bestehen in eventuellen Anwaltskosten und den mit dem Verfahren überhaupt zusammenhängenden notwendigen Auslagen und Umtrieben. Soll eine Partei zu diesen ausseramtlichen Kosten verpflichtet werden, so bedarf es eines Begehrens der Gegenpartei [28].

Alle diese Kosten, sowie die Regelung der Verpflichtung, für diese Kosten aufzukommen, finden im Entscheide ihre detaillierte Niederlegung. Ihre Entstehung muss ebenfalls kurz begründet werden [29]. Was ihre Fälligkeit anbetrifft, so ist zu sagen, dass die einer Partei auferlegten Gerichtskosten mit dem Kostenspruch fällig werden, gleichgültig, ob noch die Ergreifung eines Rechtsmittels offen steht (Art. 142 ZPO).

Der Kostenspruch kann zum Gegenstand der Berufung gemacht werden; denn er ist ein Teil des Dispositivs. Dies gilt auch bei einer Abschreibung des Entscheides am Protokoll. Der Berufungsentscheid bestimmt aber endgültig die Höhe und die Verteilung der Kosten. Der mit diesem Kostenspruch nicht Einverstandene darf nicht mehr den ordentlichen Rechtsweg betreten; denn die Aufgabe des ordentlichen Richters besteht nicht in der Ueberprüfung des Kostenspruches des Befehlsrichters [30].

Ergreift eine Partei nach dem Befehlsverfahren noch den ordentlichen Rechtsweg, um mit ihrem zivilrechtlichen Anspruch durchzudringen, und kommt der ordentliche Richter dabei zu einem andern Erkenntnis als der summarische Befehlsrichter, so ist er an den Kostenanspruch des letzteren nicht gebunden.

Auch sollte es der im Befehlsverfahren unterlegenen Partei möglich sein, im Falle eines Obsiegens im nachfolgenden ordentlichen Prozesse einen Ersatz der Kosten des Befehlsverfahrens zu erhalten [31].

VIII. Die Fristansetzung zur Klage

Wie wir gesehen haben, kann eine einstweilige Verfügung sowohl vor der Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs vor dem ordentlichen Richter, als auch nach der Klageanhebung verlangt werden. Wird eine solche Verfügung schon vor der Rechtshängigkeit begehrt, so

[28] Vgl. EKG 1931 No. 31. Die beantragende Partei ist beweispflichtig, dass sie ein solches Begehren gestellt hat.

[29] EKG 1939 No. 15.

[30] Vgl. die Rechtssprechung in Zürich: BlZüR 11/91.

[31] Vgl. v. Wyss S. 153.

bedeutet dies einen gewaltigen Eingriff in die Rechte des Beklagten. Ferner wird sehr oft durch eine solche Massnahme ein provisorischer Zustand zwischen den Parteien geschaffen, der nur für eine kürzere Zeit, eben für die Prozessdauer bestimmt ist. Es hat dann besonders der durch die Verfügung Getroffene ein Interesse, dass dieser Zustand ein Ende nimmt. Deshalb bestimmt das Gesetz in Art. 394,1 ZPO, dass in den Fällen von Art. 389 Ziff. 2 ZPO dem Gesuchsteller, sofern ihm die Klägerrolle zugemutet werden kann, eine Frist zur Einleitung des Rechtsstreites angesetzt wird, ansonst die Verfügung dahinfällt.

Das Gesetz nennt dabei nur die einstweilige Verfügung. Bei Entscheiden auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 und 3 wird demnach keine Fristansetzung zur Hauptklage erfolgen. Hier fehlt auch jegliches Interesse. Im einen Falle werden ja Ansprüche abschliessend behandelt, sobald die Rechtsverhältnisse klar sind, im andern Fall wird der zuletzt innegehabte Besitz als rein tatsächliches Verhältnis gemäss Art. 926 ff. ZGB solange geschützt, bis die unterliegende Partei die Frage des Rechts durch den ordentlichen Richter entscheiden lässt[32].

Die Fristansetzung zur Hauptklage in den Fällen von Art. 389 Ziff. 2 soll dem Gesuchsteller nur dann auferlegt werden, wenn ihm die Klägerrolle zugemutet werden kann. Mit dieser Bestimmung will Art. 394,1 lediglich sagen, dass die Frist zur Klageanhebung immer derjenigen Partei angesetzt werden muss, die im nachfolgenden Hauptprozess den Hauptanspruch auch zu beweisen hat. Dem Gesuchsteller, der eine einstweilige Verfügung beantragt, kommt nicht ohne weiteres die Klägereigenschaft zu. In den allermeisten Fällen wird jedoch immer der Gesuchsteller auch zugleich Kläger im Hauptprozesse sein; denn wie die Praxis zeigt, hat bis auf wenige Fälle nur derjenige Interesse an einer einstweiligen Verfügung, der einen Hauptanspruch behauptet. Für diesen Hauptanspruch wird er auch meistens beweispflichtig sein. Doch wird es in der Praxis auch vereinzelte Fälle geben, wo der Gesuchgegner als Kläger auftreten muss. Denken wir vielleicht an den seltenen Fall der Provokationsklage. Jemand behauptet, gemäss Art. 364 ZPO Eigentum an einer Sache zu haben, die er nur gemietet hat. Nun verlangt der eigentliche Eigentümer eine Sequestrationsverfügung, weil die Gefahr einer Veräusserung besteht. Hier wird es am Platze sein, dass der Befehlsrichter dem Gesuchsteller die Frist zur Klageprovozierung gemäss Art. 365 ZPO ansetzt, ansonst die Verfügung dahinfallen würde. In diesem Falle muss dann der Gesuchgegner als Kläger auftreten, wenn er seines behaupteten Eigentumsanspruches nicht verlustig gehen will (Art. 366 ZPO).

---

[32] Vgl. auch die Ew im EAppR vom 11. Aug. 1942.

Die Frist zur Klageanhebung beträgt nach Gesetz 14 Tage. Sie ist eine gesetzliche und darf gemäss Art. 126 ZPO weder abgekürzt noch erstreckt werden, obwohl manchmal Unbilligkeiten entstehen können. Wird diese Frist von der Partei nicht eingehalten, so fällt die einstweilige Verfügung ohne weiteres dahin. Der Gesuchgegner kann wieder über den Streitgegenstand verfügen.

Als Klageanhebung gilt die Einreichung des Vermittlungsbegehrens beim Vermittler (Art. 197 ZPO) oder in Fällen, in denen kein Sühneverfahren stattfindet (Art. 46 ZPO) die Einreichung der Klage beim Richter. Was für eine Klage der Berechtigte anhängig machen will, ist gleichgültig. Er kann eine Leistungs-, eine Feststellungs- oder eine Gestaltungsklage erheben. Sie muss nur im Zusammenhange mit der erlassenen einstweiligen Verfügung stehen.

§ 6. Die Vollstreckung

I. Allgemeines

Es genügt nicht immer, dass der Gesuchsteller einen Befehl gegen den Gesuchgegner hat. Durch diesen Titel ist erst mit Hilfe der „zivilen Gewalt" sein Anspruch festgestellt[1]. Kommt der Beklagte nicht freiwillig diesem Befehle nach, so muss der Kläger nochmals die staatliche Hilfe beanspruchen, um zu seiner Sache zu kommen. Dies geschieht durch die Zwangsvollstreckung.

Für die Durchführung dieser Zwangsvollstreckung gelten im grossen und ganzen die allgemeinen Regeln des Vollzugsverfahrens mit einigen Abweichungen, die mit dem summarischen Verfahren im Zusammenhange stehen. Einmal findet die allgemeine Norm des Art. 455 ZPO keine Anwendung auf die Verfügungen im Befehlsverfahren. Der Vollzug eines Befehls kann unabhängig von seiner Rechtskraft sofort nach dessen Erlass verlangt werden (Art. 395,2 ZPO). Wird die Berufung an den Appellationsrichter ergriffen, so kann gleichfalls das Vollzugsbegehren gestellt werden. Die Berufung erzeugt keinen Suspensiveffekt (Art. 395,2 ZPO). Die obere Instanz kann allerdings den Vollzug aufschieben, sofern sie ihre Gründe dafür hat. Durch diese Regelung ist der Dringlichkeit der Befehlsverfügung Rechnung getragen, indem die Vollstreckung dem Erkenntnis unmittelbar nachfolgt.

Vollstreckungsorgane sind zum Teil der Befehlsrichter selbst und zum Teil der Bezirksammann.

Der Befehlsrichter droht der unterliegenden Partei die Folgen an, die im Falle einer Nichtfolgeleistung zu erwarten sind (Art. 392 und Art. 394 ZPO) und der Bezirksammann lässt diese Folgen eintreten (Art. 456 ff. ZPO). Bei Verfügungen an das Grundbuch und andere öffentliche Register veranlasst der Befehlsrichter selbst die entsprechenden Eintragungen und Vormerkungen, indem er diesen Aemtern einfach ein Doppel des Befehls zusendet. Die ganze Angelegenheit ist eigentlich nichts anderes als eine Korrespondenz unter Behörden.

II. Das Vollstreckungsverfahren

A. Kantonale, innerhalb des Kantons zu vollstreckende Verfügungen

1. Der Bezirksammann vollzieht die Verfügungen des Befehlsverfahrens nicht von Amtes wegen. Die obsiegende Partei muss

[1] Huber S. 362.

den Vollzug verlangen. Sie stellt mündlich oder schriftlich ein Vollstreckungsbegehren unter Beilage des Amtsbefehls. Ferner macht sie glaubhaft, dass die unterlegene Partei dem Befehl nicht nachgekommen ist. Der Bezirksammann setzt sich mit der Gegenpartei je nach der Dringlichkeit mündlich oder schriftlich in Verbindung und klärt sie nochmals über ihre Pflichten auf. Erscheint nach diesem formlosen Verfahren das Vollzugsbegehren ohne weiteres als begründet, so schreitet er sofort zur Vollstreckung.

2. Wiederum in Abweichung von den gewöhnlichen Vollzugsbestimmungen nach Art. 456 Ziff. 1 ZPO erlässt der Bezirksammann keinen Amtsbefehl mehr, da ihn ja der Befehlsrichter bereits ausgesprochen und für dessen Nichtbefolgung auch meistens eine Busse angedroht hat[2]. Es läge nicht im Interesse der Dringlichkeit, wenn der Bezirksammann nochmals einen Amtsbefehl mit Bussenandrohung erlassen würde. Dies lässt sich übrigens aus dem Gesetze deutlich herauslesen: Art. 456 Ziff. 1 verweist ja gerade auf Art. 392,2 ZPO und weist den Bezirksammann an, einen ähnlichen Amtsbefehl mit Bussenandrohung wie der Befehlsrichter zu erlassen. Daraus schliessen wir, dass eben Art. 392,2 die lex specialis ist und der allgemeinen Norm des Art. 456 vorgeht. Ferner gibt uns Art. 460 eine weitere Aufklärung. Er spricht alternativ vom Verfall der in einem richterlichen o d e r bezirksamtlichen Befehl angedrohten Busse.

Wir sehen hier, dass der eine oder der andere Befehl genügt, um das Straferkenntnis zu fällen. Eine Kumulierung kommt daher nicht in Frage.

Das gewöhnliche Vollzugsverfahren kommt nur zur Anwendung bei Erledigungsbeschlüssen und vor dem Befehlsrichter abgeschlossenen Vergleichen. Art. 458. Hier muss der Bezirksammann einen Amtsbefehl mit Bussenandrohung nach Art. 456 Ziff. 1 erlassen, da diesen Erkenntnissen kein besonderer Charakter zukommt und sie daher wie gewöhnliche Urteile zu vollziehen sind (Art. 458 ZPO).

a) Ueber die Tätigkeit des Bezirksammanns in diesem Strafverfahren sagt uns das Gesetz in Art. 460 ZPO folgendes:

> „Ist die in einem richterlichen oder bezirksamtlichen Befehl angedrohte Busse (.....) verfallen, so erlässt der Bezirksammann nach durchgeführter Untersuchung ein Straferkenntnis mit Erwägungen."

Nach unserer Auffassung legen wir die Bestimmung so aus, dass

---

[2] Dies war unter der Praxis der alten ZPO von 1900 schon so: Vgl. das Kreisschreiben des Justizdep. vom 31. Dez. 1901 II 3 k.

der Bezirksammann die vom Befehlsrichter angedrohte Busse von Fr. 20.— bis 1000.— als verfallen erklären muss, nachdem er nach durchgeführter Untersuchung deren Höhe festgesetzt hat. Nachher erlässt er sein Straferkenntnis mit Erwägungen.

Streitig ist nun hier, was der Bezirksammann alles zu untersuchen hat, um zur Festsetzung des Strafmasses zu kommen. Vor allem stellt sich die Frage: Inwieweit darf er die vom Befehlsrichter erlassene Verfügung materiell überprüfen?

Der erste Untersuch gilt der Gesetzmässigkeit des Befehls. Diese muss festgestellt werden, bevor überhaupt eine Partei wegen Nichtbefolgung einer Verfügung bestraft werden darf. Diese Prüfung bezieht sich aber nur auf die rein formellen Erfordernisse. Gesetzmässig ist der Befehl, wenn die allgemeine Zuständigkeit des Befehlsrichters (BezGerPr, Handelsgerichtspr, Appellationsrichter, eventuell Gemeindeammann) solche Amtsbefehle zu erlassen, gegeben ist. Ueber die Kontrolle dieser rein formellen Voraussetzungen darf der Bezirksammann nicht gehen[3]. Insbesondere darf er die Bestrafung der säumigen Partei nicht von einem Untersuch über die materielle Rechtfertigung des Befehls und über dessen Zweckmässigkeit abhängig machen[4]. Diese Prüfung liegt nicht in seiner Kompetenz, sondern in derjenigen des Befehlsrichters, der bereits schon darüber geurteilt hat. Im andern Fall würde der Bezirksammann als Straf- und Vollzugsbehörde nochmals über Zivilrecht urteilen.

In zweiter Linie wird er in objektiver Hinsicht abklären, ob die

---

[3] Vgl. auch die Ausführungen bei **Lüchinger**, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen. Er unterscheidet zwischen abstrakter und konkreter Zuständigkeit. S. 47. Erstere liegt vor, wenn die verfügende Behörde allgemein befugt ist, Anordnungen der fraglichen Art zu dem angeführten Zwecke zu erlassen, wobei die Frage unberücksichtigt bleibt, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das behördliche Einschreiten im gegebenen Falle auch tatsächlich vorhanden waren. S. 48. Die konkrete Zuständigkeit äußert sich hingegen darin, dass der Richter auch die tatsächlichen Verhältnisse zu untersuchen hat, die in den einzelnen Fällen zum Einschreiten der Behörde Veranlassung gegeben haben. Die Prüfungsbefugnis des Bezirksammanns als Vollzugs- und Strafinstanz dürfte sich auch nach seiner Auffassung nur auf die abstrakte Zuständigkeit beziehen.

[4] Vgl. diese Auffassung auch in der Zür. Praxis:
Merkli S. 122 und a. a. O. „Bestraft wird der Ungehorsam, gleichgültig ob die Verfügung gut und gerecht oder ungut und ungerecht sei, sofern die Verfügung nur von einer Behörde ausging, die an und für sich befugt war, solche Verfügungen zu erlassen.
BlZüR 6/178; 10/110; 11/11,163; 14/118.

unterlegene Partei dem Amtsbefehl keine Folge geleistet hat. Nach dieser Feststellung wird er in subjektiver Hinsicht das Verschulden des Säumigen untersuchen. Dabei hat er alle belastenden und entlastenden Momente zu berücksichtigen. Vom Ergebnis dieser Untersuchungen macht er dann die Höhe seiner Busse abhängig, die sich im Strafrahmen bewegen muss, die der Befehlsrichter angedroht hat.

Hat nun aber der Gerichtspräsident, wie es in den meisten Bezirken zu geschehen pflegt, eine konkrete Busse angedroht, so sollte nach strenger Auslegung der Bezirksammann an diese Höhe gebunden sein. Eine Ueberprüfung der vom Befehlsrichter angedrohten konkreten Busse ginge über die Kontrolle der formellen Gesetzmässigkeit hinaus. Der Bezirksammann ist, wie wir gesehen haben, nicht befugt, die Verfügung eines Richters auf ihre Angemessenheit zu prüfen, auch wenn sie in der Androhung einer konkreten Busse besteht[4]. Um aber unvermeidbaren Härten und Unbilligkeiten entgegenzutreten, hat die Rekurskommission in dem auf S. 125 besprochenen Entscheid[5] als Wegleitung für die zukünftige Praxis bestimmt, dass „der Bezirksammann ohne weiteres von der vom Befehlsrichter zum voraus erlassenen Androhung abweichen kann". Immerhin darf dies nicht dazu führen, dass durch diese Wegleitung die Erzwingbarkeit eines Befehls gefährdet wird. Gerade bei Befehlen auf ein Unterlassen, wo die Busse meistens die einzige Sanktion für dessen Ausführung ist, kann der Gesuchgegner leicht in Versuchung kommen, die vom Befehlsrichter angedrohte Busse nicht ernst zu nehmen, weil sie der Bezirksammann nachträglich doch noch ändern kann. In den meisten Fällen wird dieser die Busse eher herabsetzen als erhöhen. Auch aus dieser Argumentation sehen wir, dass es besser ist, die Festsetzung des Strafmasses dem Bezirksammann zu überlassen. Die Androhung eines Strafrahmens wirkt abschreckender als die Androhung einer bestimmten Strafe, die nachträglich doch noch abgeändert werden kann.

Hat nun der Bezirksammann den Fall in objektiver und subjektiver Hinsicht untersucht, so erlässt er sein Straferkenntnis mit Erwägungen, sofern die Voraussetzungen zu einer Bestrafung vorhanden sind. Dieses teilt er innert sechs Tagen dem Gebüssten, der Staatsanwaltschaft und in St. Gallen dem Untersuchungsrichteramt[6] mit (Art. 460 ZPO). Er sorgt ferner dafür, dass das Straf-

---

[5] ERK vom 4. Sept. 1942 Ew 3d.

[6] Art. 4,5 StPO: In grösseren Bezirken können durch Beschluss des Grossen Rates die dem Bezirksammann in der Strafrechtspflege zukommenden Befugnisse ganz oder teilweise besonderen Beamten, mit dem Titel Untersuchungsrichter, übertragen werden. Ein spezielles Untersuchungsrichteramt hat aber nur St. Gallen.

erkenntnis in das Strafprotokoll eingetragen wird[7]. Dieses ist nicht etwa mit dem Strafregister gemäss Art. 359 ff. StGB zu verwechseln. Ersteres dient rein internen Zwecken und darf nicht etwa Interessenten zur Einsicht gegeben werden[8].

b) Gegen das Erkenntnis können die Parteien innert 10 Tagen an die Gerichtskommission rekurrieren, die dann endlich abschliessend entscheidet (Art. 460 ZPO).

In bezug auf den Untersuch und auf die materielle Ueberprüfung der Verfügung gelten die gleichen Grundsätze wie beim Verfahren vor dem Bezirksammann. Was das Procedere vor der Rekursbehörde anbetrifft, so verweisen wir auf die Art. 112 ff. EG zum StGB.

c) Der Vollzug der Busse geschieht durch den Bezirksammann und in St. Gallen durch das Untersuchungsrichteramt im Sinne des Art. 49 StGB.

d) In diesem Zusammenhange frägt es sich, ob auch einer iuristischen Person eine Busse angedroht werden kann und wie sich deren Vollzug gestaltet. Die Straf- und Deliktsfähigkeit der iuristischen Personen ist ja in Doktrin[9] und Praxis[10] sehr umstritten. Wir haben hier keine Bedenken, eine solche für Uebertretungen von

---

[7] In St. Gallen ebenfalls durch das Untersuchungsrichteramt.

[8] Im Gegensatz zum Strafregister. Nach Art. 360 StGB dürfen Bestrafungen wegen Uebertretungen von Amtsbefehlen nicht ins Strafregister eingetragen werden.

[9] Für eine beschränkte Straffähigkeit sprechen sich aus:
Gierke Genossenschaftsrecht Bd II und III.
Gierke Genossenschaftstheorie S. 603 ff. und S. 743 ff.
Liszt Lehrbuch S. 64 ff.
Hafter Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände S. 93 ff. und a. a. O.
Gegen die Straffähigkeit sprechen sich aus:
Hafter Lehrbuch S. 64 ff., wobei er seine Ansicht von früher zurücknimmt und auch die strafrechtliche Deliktsfähigkeit bei Uebertretungen ablehnt.
Thormann und Overbeck N 1 zu Art. 172 StGB; N 4 zu Art. 6 StGB.

[10] Das Bundesgericht war früher schwankend:
Ablehnend in BGE 16 I 814; 20 I 355.
Hinweis auf die Umstrittenheit der Frage: BGE 23 I 1336; 39 I 399.
Zustimmend für Vergehen verwaltungspolizeilicher Natur:
BGE 41 I 216, 538; 49 I 139; 64 I 53; Praxis VIII 317.
Die St. Gallische Praxis zeigt keinen grundleg. Entscheid. Zürich schwankend: zustimmend für Vergehen verwaltungspolizeilicher Natur: BlZüR 23/119, 188 ff.
ablehnend: BlZüR 14/116; 32/81.
Bern: ablehnend, ZBJV Bd 40 S. 571; 44 S. 340.

Amtsbefehlen anzunehmen. Wenn die ZPO schon der Busse für die Nichteinhaltung eines Amtsbefehls strafrechtlichen Charakter gibt [11] und weiterhin der iuristischen Person Partei- und Prozessfähigkeit verleiht, so muss sie ohne weiteres auch deren Delikts- und Straffähigkeit für solche Uebertretungen anerkennen [12]. Ausnahmebestimmungen für die juristische Person in dieser Hinsicht lassen sich keine im Gesetze finden. Wenn dadurch die St. Gallische ZPO deren Straffähigkeit angenommen hat, so liegt weder eine Verfassungsverletzung [13], noch eine solche des Eidgenössischen Strafgesetzbuches [14] vor. Diese Bussen sind ja ihrer eigentlichen Natur nach Disziplinarstrafen, bilden sie doch einen Ausfluss der Zivilrechtspflege. Für solche Uebertretungen, sowie für Steuerdelikte und andere Vergehen verwaltungsrechtlicher Natur hat die Praxis die Deliktsfähigkeit der Personenverbände stets angenommen [10]. So sind auch unter der Praxis der alten ZPO von 1900 iuristischen Personen Bussen für die Nichtbeachtung von Befehlen angedroht worden [15], während in der neuesten Praxis erstaunlicherweise noch keiner iuristischen Person ein Befehl gegeben werden musste.

Das Bedürfnis, die Straffähigkeit der iuristischen Personen anzunehmen, zeigt sich vor allem aus praktischen Gründen. Würde man die Busse den verantwortlichen Personen androhen, so müsste die vollziehende Behörde jedesmal genau untersuchen, wer im konkreten Fall verantwortlich gewesen wäre. Käme mehreren Personen Organfähigkeit zu, so könnten sich leicht bei den einen mildernde Umstände oder Strafausschliessungsgründe zeigen und bei andern wiederum nicht. Wer müsste dann in konkreto bestraft

---

[11] Im Gegensatz zur ZürZPO § 293 Ziff. 2 und zur ThurgZPO § 197 Ziff. 1.

[12] Mehrere BG haben ebenfalls die verwaltungsrechtliche Straffähigkeit von Körperschaften angenommen:
z. B. BG über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dez. 1872 Art. 34.
BG betr. die Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiet des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885 Art. 10.
BG betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 29. März 1893 Art. 65.

[13] BGE 23 I 1336.

[14] Art. 335 StGB, wo den Kantonen die Bestrafung der Uebertretungen von Prozessvorschriften überlassen worden ist. Macht der Kanton von dieser Befugnis Gebrauch, wie es der Kanton St. Gallen gemacht hat, so gelten die Strafandrohungen auch für die juristischen Personen, weil ihnen Partei- und Prozessfähigkeit zukommt und der Kanton für sie keine Ausnahmebestimmungen aufgestellt hat.

[15] BesSchProt 1921—24 No. 65; 1934—37 No. 55.

werden? Das gäbe eine lange Untersuchung, die eher vor den Richter als vor die Vollzugsbehörde gehören würde.

Darum ist es am einfachsten, die Busse der iuristischen Person als solcher anzudrohen, um dann gegen sie rechtlich vorzugehen. Dieser steht es nachher frei, auf die verantwortlichen Personen zu greifen. Ueber diesen eventuellen Regress entscheidet dann der Richter und nicht wie es bei einer Ablehnung der Straffähigkeit der iuristischen Person geschehen würde, der Bezirksammann als Vollzugsbehörde.

3. Parallel mit der Strafeinleitung verfügt der Bezirksammann die weiteren Vollzugsmassnahmen.

a) Lautet der Befehl auf ein Tun, so erfolgt bei Zusprechung von beweglichen Gegenständen, Liegenschaften oder Rechten auf solche, die Einsetzung in den Besitz oder Gebrauch der Sache durch Polizeigewalt (Art. 456 Ziff. 3a). Bei Liegenschaften sowie bei Exmissionsbefehlen wird der säumigen Partei das Mobiliar einfach auf die Strasse gestellt. Müssen einzelne bewegliche Sachen herausgegeben werden, so kann sich die Polizei mit Gewalt ihrer bemächtigen, sofern es nötig erscheint. Immerhin findet der Vollzug auch seine Begrenzung in der Beachtung der Persönlichkeit des säumigen Gesuchgegners. Eine detaillierte Hausdurchsuchung dürfte unseres Erachtens nicht zulässig sein[16].

b) Höchstpersönliche Leistungen zu einem Tun, wie die Erstellung einer wissenschaftlichen Arbeit usw., können natürlich nicht mit Polizeigewalt erzwungen werden. Die Leistung muss unter Umständen in Geld ersetzt werden (Siehe e).

c) Handelt es sich um Leistungen, die durch Dritte verrichtet werden können, so hat der Bezirksammann deren Vollzug durch sie anzuordnen (Art. 456 Ziff. 3b ZPO). Die Kosten sind durch die Schuldbetreibung zu erheben. Der amtliche Kostenausweis hat die Bedeutung eines vollstreckbaren Urteils. Bei dieser Massnahme kann die den Vollzug verlangende Partei zum Vorschusse des vermutlichen Kostenbetrages angehalten werden.

d) Lautet der Befehl auf ein Unterlassen, so wird durch jede Verletzung dieses Verbotes die angedrohte Busse fällig. Ueberdies kann der Bezirksammann nach jeder Uebertretung verschärfte Verbote erlassen und neue Strafeinleitungen durchführen (Art. 456 Ziff. 3d). Eventuell kann auch die Polizei für Hinderungsmassnahmen in Anspruch genommen werden.

e) Ist nun die gehörige Erfüllung einer persönlichen Leistung oder die Herausgabe einer beweglichen Sache nicht erzwingbar, so erlaubt das Gesetz in Art. 456 e ZPO dem Berechtigten den

[16] Vgl. einen diesbezüglichen Beschwerdeentscheid in VR III 680.

entsprechenden Geldwert zu verlangen. Er kann diesen Wert selbst bestimmen und und ihn ohne weiteres auf dem Wege der Schuldbetreibung einfordern. Erhebt aber die Gegenpartei Rechtsvorschlag, so ist der Berechtigte befugt, den Gegenstand zum Entscheid an das gleiche Gericht zu bringen, welches das zu vollziehende Erkenntnis gefällt hat (Art. 456 e ZPO). Wir müssen diese allgemeine Norm auch für das Befehlsverfahren als anwendbar annehmen, obgleich dieses für Feststellungsklagen und Realisierung von Geldansprüchen nicht zulässig ist[17]. Hier handelt es sich aber um die Vollstreckung eines im Befehlsverfahren bereits zugesprochenen Anspruchs. Es wäre unverständlich, wenn obiger Grundsätze wegen der ordentliche Richter für diese Feststellung des Geldwertes der Leistung zuständig sein sollte. Demnach ist also der Bezirksgerichtspräsident oder der Appellationsrichter kompetent, diesen Geldwert festzustellen. Das Verfahren ist summarisch und es sind nur diejenigen Einreden möglich, die seit der Urteilsfällung entstanden sind[18]. Der Entscheid gilt dann als Rechtsöffnungstitel, der zur definitiven Rechtsöffnung führt. Glaubt die unterlegene Partei dennoch an ihren Anspruch oder ist sie mit der richterlichen Schätzung nicht einverstanden, so steht ihr natürlich der ordentliche Rechtsweg immer noch offen.

Diese letzte Vollzugsart sollte immerhin für im Befehlsverfahren zugesprochene Ansprüche selten vorkommen, da, wie wir gesehen haben, die Erzwingbarkeit eines Befehls eine der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Befehlsverfahrens ist[19].

B. Kantonale, in der übrigen Schweiz zu vollstreckende Verfügungen

Muss ein Befehl des st. gallischen Richters ausserhalb des Kantons vollstreckt werden, so muss die Vollziehung bei der ausserkantonalen Behörde nach Massgabe der dort geltenden Vorschriften nachgesucht werden. Dieses Gesuch kann sich auf Art. 61 BV stützen, obwohl er nur von der Vollziehung von rechtskräftigen Urteilen spricht. Doch die Praxis ist sich darüber klar, dass auch Verfügungen im Befehlsverfahren darunter gemeint sind[20]. Die Verfügungen müssen formell rechtskräftig sein. Die Befehle werden also erst nach erfolgter Appellation oder nach Ablauf der unbenützten Appellationsfrist vollziehbar[21].

---

[17] Siehe S. 40/70 dieser Arbeit.

[18] EKG 1933 No. 9.

[19] Siehe S. 39 ff. in dieser Arbeit.

[20] Burckhardt Kom. 1931 S. 571 f.
BGE 41 I 122.

[21] BGE 13 I 33.

Die Festsetzung und Vollstreckung der Bussen geschehen auf dem Wege der Rechtshilfe. Art. 352 StGB verpflichtet Bund und Kantone dazu, sofern es sich um Strafsachen handelt, auf die das StGB oder ein anderes Bundesgesetz Anwendung findet. Demnach sind Strafsachen, die nach kantonalem Strafrecht zu beurteilen sind, nicht diesem Rechtshilfeartikel unterstellt[22]. Auch in bezug auf die Vollstreckbarkeit von solchen Bussen findet das StGB keine Anwendung[23]. Art. 380 StGB bestimmt zwar, dass auch Bussen, die Grund des kantonalen Uebertretungsstrafrechts ausgesprochen wurden, in der ganzen Schweiz vollstreckbar sind. Doch sagen Thormann und Overbeck[23], dass die Vollstreckung von Strafen wegen Uebertretungen von Prozessvorschriften nicht unter diese Bestimmung fallen können. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Wirksamkeit der Bestimmungen über die Rechtshilfe und die Vollziehung der Bussen auf Grund des Befehlsverfahrens in Kraft geblieben sind. Diese sind allerdings sehr spärlich und bestehen ausser Art. 67 BV in Bundesgesetzen[24], Konkordaten[25] oder speziellen Abmachungen unter einzelnen Kantonen in Form von eigentlichen Uebereinkünften oder Gegenrechtserklärungen[26]. Ferner lassen sich in den meisten Strafprozessordnungen Bestimmungen über die Rechtshilfe und Vollstreckung von ausserkantonalen Verfügungen finden[27].

Ist nun eine ausserhalb des Kantons St. Gallen wohnende Partei dem Befehl des st. gallischen Befehlsrichters nicht nachgekommen, so muss sich der Gesuchsteller, wenn er die angedrohte Busse verfallen lassen will, auf jeden Fall an den erkennenden Richter wenden, in unseren Fällen also an den Kanton St. Gallen bzw. an den

---

[22] Thormann u. Overbeck Kom. N 8 zu Art. 352 StGB.

[23] Thormann u. Overbeck Kom. N 2 zu Art. 380 StGB.

[24] BG vom 24. Juli 1852 über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten.
BG. vom 24. Heumonat 1867 und 2. Hornung 1872 betr. Abänderung des Auslieferungsgesetzes.

[25] Konkordat vom 8. Juni 1809 betr. die Ausschreibung, Verfolgung, Festsetzung und Auslieferung von Verbrechern und Beschuldigten, die diesfälligen Kosten, die Verhöre und Evokation von Zeugen in Kriminalfällen und Restitution gestohlener Effekten. (Heute nur noch Art. 19 und 20 in Kraft).
Konkordat vom 7. Juni 1810 wegen gegenseitiger Stellung der Fehlbaren in Polizeifällen.
Konkordat vom 4. Sept. 1912 betr. die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche.

[26] Siehe detaillierte Aufzählungen bei Thormann, Die Rechtshilfe der Kantone auf dem Gebiete des Strafrechts.
ZSR 47 S. 9a—16a.

[27] Z. B. in der St.GallStPO Art. 234.

Bezirksammann des betr. Bezirkes. Dieser wird gemäss Art. 460 ZPO die Untersuchung gegen den ausserhalb des Kantons wohnenden Gesuchgegner durchführen. Dabei muss er die Hilfe des Wohnsitzkantons des Ungehorsamen in Anspruch nehmen, weil er keine Amtshandlungen ausserhalb seines Gebietes machen darf. Der ersuchte Kanton wird gemäss den Bestimmungen über die Rechtshilfe in seiner STPO die Angelegenheit prüfen und deren Ergebnis dem st. gallischen Bezirksammann mitteilen. Dieser setzt hierauf die Busse fest. Nachher wird sie mit Hilfe des ersuchten Kantons einzutreiben versucht. Zahlt der Ungehorsame nicht freiwillig die verfallene Busse, so setzt der st. gallische Bezirksammann die Betreibung an. Das st. gallische Erkenntnis gilt dann, sobald es rechtskräftig geworden ist, als Rechtsöffnungstitel, der zur definitiven Rechtsöffnung führt[28]. Die Rechtskraft tritt ohne weiteres ein nach Ablauf der Rechtsmittelfrist oder im Falle einer Weiterziehung an die obere Instanz nach deren Urteilsfällung[29]. Das Erkenntnis ist den in Art. 80,2 SchKG genannten Urteilen gleichgestellt[30]. Dem Rechtsöffnungsrichter muss der vollständige Entscheid vorgelegt werden[31]. Dem Betriebenen stehen die Einreden aus Art. 81 SchKG zur Verfügung[32].

C. Ausserkantonale, im Kanton St. Gallen zu vollstreckende Verfügungen

Ausserkantonale einstweilige Verfügungen oder Befehle sind nach Art. 457,2 ZPO vollziehbar. Es muss ein Vollstreckungsbegehren beim Rekursrichter für SchKG gestellt werden. Dieser entscheidet in einem formlosen Verfahren endgültig, ob die ausserkantonale Verfügung zu vollstrecken sei oder nicht. Materiell hat der Rekursrichter den Entscheid nicht zu prüfen, sondern nur die Voraussetzungen des Art. 61 BV. Zu diesen gehören in Anlehnung an Art. 81,2 SchKG die formelle Rechtskraft, die Zuständigkeit des ausserkantonalen Gerichts und die richtige Vorladung des Beklagten, dem Gelegenheit gegeben werden muss, sich über diese Punkte zu äussern[33]. Ergibt sich im Verfahren die Vollstreckbarkeit des Ent-

---

[28] Art. 2,1 des Konkordates von 1912.
Art. 3,1 des Konkordates von 1912.

[29] In bezug auf die Busse kann dem Entscheid definitive Rechtskraft zukommen, während dies in bezug auf die zivilrechtliche Wirkung nicht möglich ist. S. 115 ff.

[30] Art. 2,2 des Konkordates von 1912.

[31] Art. 3,2 des Konkordates von 1912.

[32] Art. 4,2 des Konkordates von 1912.

[33] Burckhardt Kom. S. 575 ff.

scheides, so wird diese nach den gewöhnlichen Regeln des Vollzugsverfahrens eingeleitet (Art. 456 ff.). Kennt der fremde Kanton auch eine Bussenandrohung, so gilt das unter B Gesagte in analoger Weise. Der Petent muss sich immer an den die Busse erkennenden Kanton wenden, um dann im Rechtshilfeverfahren deren Eintreibung zu bewirken.

D. Die Vollstreckung von st. gallischen Befehlen im Ausland und ausländischen Befehlen im Kanton St. Gallen

Die Vollstreckung von solchen Befehlen wird schwierig sein. Das Ausland wird keinen Befehl des st. gallischen Befehlsrichters realisieren und umgekehrt wird unsere Vollziehungsbehörde keine ausländische einstweilige Verfügung anerkennen. Die Mehrzahl der Staatsverträge sprechen nur von der Vollziehbarkeit der Urteile oder von andern rechtskräftigen Verfügungen [34].

---

[34] Vgl. den

Staatsvertrag mit Deutschland.

Art. 1: Die im Prozessverfahren über vermögensrechtliche Ansprüche ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen der bürgerlichen Gerichte des einen Staates werden ohne Unterschied ihrer Benennung (Urteile, Beschlüsse, Vollstreckungsbefehle) jedoch mit Ausnahme der Arreste und einstweiligen Verfügungen und ohne . . .

Staatsvertrag mit Italien.

Art. 9: Auf Arreste und andere einstweilige Verfügungen, sowie auf die in einem Strafverfahren ergangenen Entscheidungen über privatrechtliche Ansprüche und auf Entscheidungen in Konkurssachen findet dieses Abkommen keine Anwendung.

Staatsvertrag mit Oesterreich.

Art. 1: Ziff. 3

Die in einem der beiden Staaten gefällten gerichtlichen Entscheide in Zivil- und Handelssachen werden im andern Staat anerkannt, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

1.
2.
3. dass die Entscheidung nach dem Rechte des Staates, wo sie gefällt wurde, die Rechtskraft erlangt hat.

Art. 4. Ziff. 2

Die Partei . . . . . hat beizubringen:

1.
2. eine Bescheinigung über die Rechtskraft und gegebenenfalls über die Vollstreckbarkeit der Entscheidung.

Staatsvertrag mit Frankreich.

Art. 15: Urteile und definitive Erkenntnisse in Zivil- oder Handels-

III. Die Kosten des Vollzugsverfahrens

Die Anrufung der staatlichen Hilfe zur zwangsweisen Realisierung von privatrechtlichen Ansprüchen ist natürlich mit Kosten verbunden. Der Verurteilte ist gemäss Art. 456 Ziff. 4 ZPO verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch das Vollzugsverfahren entstandenen Kosten zu ersetzen. Die Festsetzung dieser Kosten geschieht durch den Bezirksammann, dessen Entscheid innerhalb von 14 Tagen an das Justizdepartement, das endgültig entscheidet, weitergezogen werden kann.

IV. Die Beschwerde gegen die Vollzugsverfügung

Gegen alle Vollzugsverfügungen des Bezirksammanns kann bei ihm zuhanden des Justizdepartements Beschwerde erhoben werden (Art. 459 ZPO). Sie muss schriftlich geschehen und innert einer Notfrist von fünf Tagen seit der Eröffnung oder Zustellung eingereicht werden. Bezüglich Wirkung und Verfahren weisen wir auf Art. 459,2 und 3 ZPO.

Wir erinnern hier daran, dass gegen ein Straferkenntnis des Bezirksammanns nicht die Beschwerde, sondern der Rekurs an die Gerichtskommission erhoben werden muss (Art. 460 ZPO).

Selbstverständlich darf durch diese Beschwerde nicht etwa der richterliche Befehl angefochten werden. Beschwerdegründe können lediglich durch ungesetzmässiges oder unbilliges Vorgehen des Bezirksammanns bei der Vollstreckung des Befehls entstehen (z. B. durch die Ansetzung eines bezirksamtlichen Befehls mit Bussenandrohung nach Art. 456 Ziff. 1 etc.) [35].

---

sachen, die durch Gerichte oder Schiedsgerichte in einem der beiden kontrahierenden Staaten ausgefällt wurden und in Rechtskraft erwachsen sind, sollen in dem andern Staate nach Form und unter den Voraussetzungen des Art. 16 vollziehbar sein.

[35] Vgl. diese Unzulässigkeit auf S. 133.

§ 7. Die Weiterziehung

I. Allgemeines

A. Die St. Gallische ZPO enthält wie die meisten Prozessgesetze keinen eigentlichen Rechtsmittelbegriff. Wollen wir den Begriff „Rechtsmittel" definieren, so müssen wir zwischen Rechtsmittel im weiteren Sinne und Rechtsmittel im engeren Sinne unterscheiden. Im ersten Sinne verstehen wir darunter eine gesetzlich geordnete, besondere Verfahrensform, die der Anfechtung von Urteilen dient[1]. Im letzteren Sinne bezieht sich das Rechtsmittel auf ein konkretes Verfahren und ist der einer Partei zur Verfügung stehende Rechtsbehelf, womit sie die Aufhebung der Beschwernis anstrebt, welches ihr durch das richterliche Erkenntnis zugefügt wurde[1]. Das Beschwernis liegt darin, dass den Anträgen (Rechtsbegehren) der betreffenden Partei nicht oder nicht vollständig entsprochen wurde. Es sind also vor allem drei Merkmale, die das Wesen des Rechtsmittels ausmachen: Es muss ein richterliches Erkenntnis vorhanden sein, welches zum Zwecke der Wegschaffung der oben angedeuteten Beschwernis angefochten wird[2].

B. Der Zweck des Rechtsmittels besteht insbesondere in der Gewährung der Rechtssicherheit. Der Staat und die Parteien haben ein Interesse, der materiellen Wahrheit so gut als möglich zum Durchbruch zu verhelfen. Jedes mangelhafte Urteil schadet der staatlichen Rechtssprechung. Das Vertrauen zu ihr schwindet, wenn nicht durch das Rechtsmittelsystem ein Ausgleich geschaffen werden kann. Darum muss jede Gerichtsorganisation in einem vernünftigen Rahmen mehrere Instanzen zur Beurteilung ein und desselben Falles zulassen.

C. Was die Arten der Rechtsmittel anbetrifft, so unterscheidet man gewöhnlich zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln. Was aber alles zu den Ordentlichen und was zu den Ausserordentlichen gehört, ist wiederum streitig[3]. Einfach und klar ist das Kriterium von Matti[4]. Nach ihm sind ordentliche Rechtsmittel dann gegeben, wenn sich eine Partei irgendwie be-

---

[1] Matti S. 1117.

[2] Ueber Begriffsbestimmungen in der Doktrin:
Sperrl S. 581 ff; Hellwig I S. 833 ff.; Goldschmidt S. 158; Schmidt S. 777; Wetzell S. 663 ff.; Baumbach S. 690; Rosenberg S. 438 ff.; Planck II S. 426; Stein II S. 1.

[3] Siehe die verschiedenen, hier nicht weiter zu erörternden Auffassungen bei Hellwig S. 834; Klein-Engel S. 403; Planck II S. 427; Rosenberg S. 438; Sperrl S. 583; Wetzell S. 663 ff.

[4] Matti S. 1117.

schwert erachtet, ohne besondere Gründe nachzuweisen, ausserordentliche hingegen, wenn besondere Anfechtungsgründe vorliegen müssen.

Ferner spricht man auch von devolutiven und nicht devolutiven Rechtsmitteln, je nachdem sie zu einer neuen Entscheidung eines judex ad quem oder des judex a quo führen.

D. Die St. Gallische ZPO nennt als Rechtsmittel die *Berufung* (Art. 413—425), die *Nichtigkeitsbeschwerde* (Art. 426—433), die *Wiederherstellung* (Art. 434—441), die *Reinigung* (Art. 442—446), die *Erläuterung* (Art. 447—449) und die *Rechtsverweigerungsbeschwerde* (Art. 450—454).

Nach unserer Begriffsbestimmung können wir nur die ersten vier als Rechtsmittel anerkennen. Die Erläuterung richtet sich wohl gegen einen richterlichen Entscheid, ficht diesen aber nur in bezug auf die in ihm enthaltenen Unklarheiten an. Der Anfechtende will kein günstigeres Urteil. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde kann sich nicht nur gegen richterliche Entscheide, sondern auch gegen verwaltungsrechtliche Verfügungen und gegen Amtsinhaber wegen ungebührlichem Benehmen, Rechtsverweigerung und Amtsmissbrauch richten. Osterwalder[5] nennt diese beiden Erscheinungen rechtsmittelähnliche Rechtsbehelfe und wir können uns mit ihm ohne weiteres einverstanden erklären.

Ordentliches Rechtsmittel im Sinne unseres Kriteriums ist nur die B e r u f u n g, während alle andern zu den ausserordentlichen zu zählen sind.

II. Die Berufung

Die Berufung ist das ordentliche Rechtsmittel gegen a l l e Verfügungen im Befehlsverfahren. Das Gesetz sagt dies in Art. 395 ZPO:

> Die Erkenntnisse erwachsen in Rechtskraft, sofern nicht innert 14 Tagen nach der Eröffnung die Berufung an den Appellationsrichter des Kantonsgerichtes ergriffen wird. In dringlichen Fällen kann der Gerichtspräsident diese Frist bis auf 5 Tage herabsetzen.
>
> Die Berufung hemmt den Vollzug nicht, wenn nicht die obere Instanz anders verfügt. Von einer solchen Verfügung ist den Parteien sofort Kenntnis zu geben.

Es handelt sich hier um eine neugeschaffene Institution[6]: Die Weiterziehung von einzelrichterlichen Verfügungen an einen Einzelrichter. Wir können diese Neuerung in unserer ZPO besonders in

---

[5] Osterwalder S. 17.

[6] Die alte ZPO von 1900 kannte keine Berufungsmöglichkeit an einen Einzelrichter des Kantonsgerichtes.

bezug auf unser Befehlsverfahren nur begrüssen. Haben doch die Bezirksgerichtspräsidenten durch das Verfahren eine grosse Kompetenz erhalten, indem sie mehr oder weniger über jeden Anspruch entscheiden können, sobald das anzuwendende Recht klar und die tatsächlichen Verhältnisse unbestritten oder sofort feststellbar sind. Darum würde sich eine abschliessende Beurteilung durch sie kaum rechtfertigen.

A. Die Voraussetzungen in formeller Hinsicht

1. Allgemeine Voraussetzung zur Ergreifung dieses Rechtsmittels ist einmal das Vorliegen einer Verfügung im Befehlsverfahren. Diese Verfügung muss vom Bezirksgerichtspräsidenten erkannt worden sein und es darf sich nicht um eine vorläufige Verfügung im Sinne des Art. 377 ZPO handeln; denn diese ist, wie wir gesehen haben, inappelabel[7]. Einstweilige Verfügungen des Handelsgerichtspräsidenten (Art. 313,4 ZPO) oder Besitzesschutzverfügungen des Gemeindeammanns (Art. 393 ZPO) können daher ihrer besonderen Natur wegen nicht an den Appellationsrichter weitergezogen werden[8].

Die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten muss einen konkreten Befehl darstellen. Erledigungsbeschlüsse und vor dem Befehlsrichter abgeschlossene Vergleiche sind daher nicht berufungsfähig. Sie können höchstens wegen der Kostenverteilung weitergezogen werden.

2. Was die Legitimation anbetrifft, so sind in erster Linie die Hauptparteien befugt von der Berufung Gebrauch zu machen. Ihre Vertreter brauchen dazu keine besondere Ermächtigung (Art. 119 ZPO). Sind Streitgenossen vorhanden, so können sie ebenfalls die Appellation ergreifen (Art. 103 ff. ZPO). Wurden Nebenparteien im Verfahren zugelassen, so sind sie nur dann zur Einlegung der Berufung befugt, wenn die Hauptparteien das Rechtsmittel nicht ergreifen. Richtet sich der Befehl an Drittpersonen, so sind auch diese legitimiert, die Verfügung anzufechten.

3. Ein weiteres Erfordernis für die Eintretung in die Berufungserklärung ist die Wahrung der Frist. Das Gesetz schreibt in Art. 395,1 ZPO, dass innert 14 Tagen nach der Eröffnung die Appellation ergriffen werden muss. In dringlichen Fällen kann der Gerichtspräsident diese Frist auf 5 Tage herabsetzen. Diese Rechtsmittelfristen sind Notfristen und können weder erstreckt, noch verkürzt werden (Art. 126,2 ZPO).

Wann beginnt nun die Frist zu laufen und wann hört sie auf?

---

[7] Vgl. die Ausführungen auf S. 103 f.

[8] Vgl. die Ausführungen auf S. 109 und 119.

Hat der Befehlsrichter eine Verhandlung angesetzt und sind die Parteien anwesend, so beginnt die Frist am Tage nach der Eröffnung der Verfügung zu laufen, sofern ihnen das vollständige Erkenntnis eröffnet wird (Art. 395; Art. 188,2 ZPO). Wird ihnen nur der Rechtsspruch verkündet, so muss ihnen innert 7 Tagen seit der Tagfahrt das vollständige Erkenntnis schriftlich zugesandt werden (Art. 379 ZPO). Die Rechtsmittelfrist beginnt dann am Tage nach der schriftlichen Zustellung. Das Gleiche gilt, wenn keine Verhandlung angesetzt worden war oder eine der beiden Parteien oder beide zusammen von der Tagfahrt ferngeblieben sind (Art. 188,1). Die Frist endigt am letzten Tage abends 6 Uhr (Art. 129 ZPO). Bis dann muss die Handlung vorgenommen sein. Wird diese Frist versäumt, so bewirkt dies den Verlust des Rechtsmittels.

4. Was die Form anbetrifft, so muss die Berufung bei der zuständigen Instanz angehoben werden. Diese ist der Appellationsrichter, ein Mitglied des Kantonsgerichtes. Wird die Berufung aus entschuldbarem Irrtum bei einer unzuständigen Behörde eingelegt, so muss diese sie von Amtes wegen sofort an die zuständige Instanz leiten (Art. 182 ZPO).

Die Berufung kann mündlich oder schriftlich erklärt werden, weil für das Verfahren die Vorschriften des summarischen Verfahrens gelten (Art. 421 Ziff. 7 ZPO). Immerhin wird der Appellationsrichter die Mündlichkeit nur im Notfalle zulassen, d. h. wenn durch das Erfordernis der Schriftlichkeit die Appellationsfrist nicht mehr eingehalten werden könnte.

Schliesslich muss die Einschreibegebühr von Fr. 15.— bezahlt werden (Art. 26 d GebOrd). Wird sie nicht geleistet, so wird der Partei eine Notfrist angesetzt, bei deren Nichteinhaltung die Einschreibung als nicht erfolgt gilt (Art. 135 ZPO).

5. Eine letzte Voraussetzung für die Eintretung auf die Berufung ist das Nichtvorliegen eines Verzichtes oder einer Zurücknahme.

Es kann auf die Berufung durch einseitige Erklärung verzichtet werden. Doch ist dies nur möglich, wenn der Verzicht nach Erlass der Befehlsverfügung vor dem Befehlsrichter schriftlich oder mündlich erklärt wird[9]. Ein Verzicht vor Erlass der Verfügung scheint uns indessen nur durch einen privatrechtlichen Vertrag möglich[10].

Die Zurücknahme ist dem Verzicht ähnlich. Sie kommt natürlich nur in Frage, wenn das Rechtsmittel schon eingelegt ist. Sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen und hat die Folge, dass der Zurücknehmende des Rechtsmittels verlustig geht und die entstandenen Kosten zu tragen hat.

---

[9] Osterwalder S. 24.

[10] Vgl. die ausführliche Begründung bei Osterwalder S. 24. Stein II S. 23.

B. Die Voraussetzungen in materieller Hinsicht

Liegen nun die obigen Voraussetzungen vor, so kann die Berufung ohne besondere Gründe erhoben werden. Es genügt, dass sich der Berufungskläger beschwert fühlt. Er muss allerdings durch das Dispositiv beschwert sein und nicht bloss durch dessen Motive[11]. Sonst können durch die Berufung sämtliche Mängel in formeller wie in materieller Hinsicht gerügt werden (Art. 414,3 ZPO). Dies zeigt sich vor allem bei Mängeln in der Feststellung des Tatbestandes[12], bei mangelhafter Rechtsanwendung[13] oder bei Mängeln im Verfahren[14].

Die Berufung geht also auf eine vollständige Nachprüfung des erstinstanzlichen Befehls nach seiner rechtlichen, tatsächlichen und verfahrensmässigen Seite hin. Sie bedeutet aber nicht nur eine Ueberprüfung der erstinstanzlichen Verfügung, sondern sie ist vielmehr eine Erneuerung des Rechtsstreites vor dem Appellationsrichter. Die obere Instanz ist nicht an das Prozessmaterial der untern gebunden. Es können daher dem Appellationsrichter auch Noven vorgebracht werden, was sich aus Art. 421 Ziff. 7 und Art. 422 ZPO ohne weiteres folgern lässt, wenn wir uns die Formlosigkeit des summarischen Verfahrens vor Augen halten[15].

C. Die Wirkung der Berufung

1. Der fakultative Suspensiveffekt

Wir haben gesehen, dass nach Art. 395,2 ZPO die Berufung den Vollzug nicht hemmt, wenn nicht der Berufungsrichter etwas anderes verfügt. Es frägt sich hier, ob dazu ein Begehren der durch den Vollzug betroffenen Partei vorhanden sein muss oder ob der Appellationsrichter von Amtes wegen den Vollzug hemmen kann. Nach dem Grundsatze ne eat judex ultra petita partium würde man meinen, dass immer ein Begehren der durch den Befehl betroffenen Partei vorhanden sein muss. Allein die noch junge Praxis hat bereits schon das Bedürfnis gezeigt, der Berufungs-

---

[11] VP II 147.
Osterwalder S. 30.

[12] Z. B. Irgend eine wesentliche Tatsache war vom Befehlsrichter nicht berücksichtigt worden oder vor allem die Frage nach der Streitigkeit der tatsächlichen Verhältnisse nach Art. 389 Ziff. 1 wird von den Parteien verschieden ausgelegt.

[13] Z. B. die Frage nach der Anwendbarkeit des Befehlsverfahrens.

[14] Z. B. Die Unterlassung einer Einvernahme der Gegenpartei, eine Fristansetzung bei Befehlen, die nicht der Sicherung der Rechtsverfolgung dienen usw. (EAppR vom 11. Aug. 1942).

[15] Siehe weitere Ausführungen auf S. 85 und 96 ff.

instanz die Befugnis zu geben, von Amtes wegen den Vollzug aufschieben zu können. Sehr oft sind ganz unhaltbare und unmotivierte Befehle an den Appellationsrichter gelangt, die sofort aufgehoben werden mussten. Wir neigen daher zur Ansicht, dass der Berufungsrichter immer dann den Vollzug von Amtes wegen sistieren kann, wenn ganz offenbar das Befehlsverfahren nicht richtig oder willkürlich angewendet worden ist. Dies ist ein Postulat der Rechtssicherheit. Ferner kann durch einen solch unmotivierten Vollzug der Gegenpartei ein grosser Schaden entstehen, der nur durch die Hemmung des Vollzugs vermieden werden kann. Des weitern herrscht in vielen Kreisen die Ansicht, dass, solange man appellieren kann, ein Vollzug nicht in Frage kommt. Deshalb unterlassen sie das Sistierungsbegehren.

Hat der Appellationsrichter den Vollzug gehemmt, so muss er dies den Parteien sofort mitteilen (Art. 395,2 ZPO).

2. Der Devolutiveffekt

Der Devolutiveffekt besteht darin, dass eine Streitsache vom erstinstanzlichen Richter an das instanzmässig höhere Gericht „überwälzt" wird. Es ist dies die Folge der eingelegten Berufung. Dadurch wird die Rechtshängigkeit bei der zweiten Instanz und deren Kognitionsrecht begründet. Die Devolutivwirkung beginnt mit der Einlegung der Berufung beim Appellationsrichter und dauert solange, bis er die Sache materiell neu entschieden hat.

Der Umfang des Devolutiveffektes wird durch die Berufungsanträge bestimmt. Es können, je nachdem man sich beschwert fühlt, der ganze Rechtsstreit oder nur einzelne Streitpunkte an den Berufungsrichter übergewälzt werden.

D. Das Berufungsverfahren

Das Verfahren vor dem Appellationsrichter ist in Art. 421 und 422 ZPO festgehalten. Auf den ersten Blick ergibt sich eine Unklarheit und eine Ungenauigkeit in den Bestimmungen:

Art. 421 Ziff. 7 bestimmt: In den Fällen des summarischen Verfahrens gelten die Art. 374 ff.

Und Art. 422 sagt: Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über das Befehlsverfahren in Besitzesschutzsachen.

Warum diese beiden Bestimmungen? In Art. 421 Ziff. 7 wird auf das summarische Verfahren verwiesen. Darunter ist aber auch das Befehlsverfahren enthalten, weil es ja einen Abschnitt aus dem summarischen Verfahren darstellt. Also ist Art. 422 völlig überflüssig. Was der Gesetzgeber hier konkretes gedacht hat, als er den Art. 422 schuf, ist unerklärlich. Wir können diese Bestimmungen nicht anders als ein redaktionelles Versehen auffassen.

Logisch und redaktionell einwandfrei wäre gewesen, wenn der Art. 421 mit der Ziff. 6 aufgehört hätte und der Inhalt der Ziff. 7 einem selbständigen Artikel zu Grunde gelegt worden wäre. Dieses gäbe dann folgende Ordnung im Gesetze:

B. Berufung an den Appellationsrichter. Art. 420
C. Verfahren. Art. 421 Ziff. 1—6
D. Vorbehalt. Art. 422.
Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die summarischen Verfahrensarten gemäss Art. 374 ff.

Wegen dieser Unklarheit entsteht für uns die nicht unwesentliche Frage:

Haben diese beiden besonderen Bestimmungen in bezug auf Art. 421 Ziff. 1—6 nur subsidären Charakter, indem sie nur zur Anwendung kommen, wenn sie mit den Ziff. 1—6 nicht im Widerspruch stehen, oder wollen sie die Ziff. 1—6 ganz ausschliessen?

Konsultieren wir die Gesetzesmaterialien, so sehen wir, dass im Entwurf von 1937 diese beiden Bestimmungen nicht enthalten sind. Sie sind erst nachträglich bei den Beratungen der grossrätlichen Kommission hineingekommen. Daraus schliessen wir, dass durch Art. 421 Ziff. 7 und Art. 422 die Ziff. 1—6 des Art. 421 ausgeschlossen werden sollen[16]. Diese Auffassung entspricht auch am besten der summarischen Verfahrensart, indem sich die Berufung ebenfalls so formlos als möglich gestaltet.

Was das Verfahren anbetrifft so können wir demnach auf unsere Ausführungen in § 4 IV S. 96 ff. verweisen.

Der Appellationsrichter ist also frei, eine Verhandlung anzusetzen oder nicht. Er hat die gleichen beschränkten Beweismittel zur Verfügung. Er kann ebenfalls vorläufige Verfügungen nach Art. 377 ZPO erlassen usw.

Die Parteien können die Berufung schriftlich oder mündlich erklären. Der Berufungsbeklagte hat ein Recht auf Vernehmlassung. Bei Abwesenheit der Parteien hat der Appellationsrichter auf Grund der Akten zu entscheiden usw.

Wir sehen hier so richtig, dass das ganze Verfahren eine Erneuerung des Rechtsstreites vor der höheren Instanz darstellt.

E. Die Erledigung der Berufung

1. Wird die Berufung zurückgezogen oder kommt ein Vergleich zustande, so wird sie am Protokolle abgeschrieben. Im einen Falle bleibt die Verfügung des erstinstanzlichen Befehlsrichters be-

[16] In der Praxis finden wir noch keine Entscheide, die diesen Gedanken deutlich ausdrücken. Es ist aber zu sagen, dass auch der jetzige AppR diese Ansicht hat.

stehen. Wurde ihr Suspensiveffekt verliehen, so wird sie rechtskräftig und kann vollzogen werden. Im andern Falle wird durch den Vergleich der erstinstanzliche Befehl beseitigt.

2. Fehlen die Voraussetzungen zur Berufung oder wurde sie nicht fristgerecht eingelegt, so wird auf das Begehren nicht eingetreten. Die erstinstanzliche Verfügung behält ihre Gültigkeit.

3. Wird auf die Berufung eingetreten, so erfolgt die materielle Behandlung der Streitsache. Entweder werden die Berufungsanträge gutgeheissen oder abgewiesen. Je nachdem wird die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten geändert und ein eventuell bereits vollzogener Vollzug rückgängig gemacht oder seine Verfügung bleibt bestehen.

Von einer Rückweisung an den erstinstanzlichen Befehlsrichter steht nichts im Gesetze. Sie könnte eventuell bei einer groben Verletzung der Verfahrensvorschriften in Frage kommen[17]. Doch wie gesagt, die ZPO hat dies nicht vorgesehen.

III. Die Nichtigkeitsbeschwerde

Nach Art. 426 ist die Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel zulässig:

1. Gegen Urteile des Kantonsgerichts, seiner Zivilkammern und des Handelsgerichts;

2. Gegen Vorentscheide dieser Gerichte, durch welche das Eintreten auf die Sache abgelehnt wurde;

3. Gegen Urteile und die in Ziff. 2 aufgeführten Vorentscheide von vertraglichen Schiedsgerichten, wenn das Schiedsgericht den Sitz im Kanton hatte.

Schon aus dieser Aufzählung ersehen wir, dass eine Verfügung des Befehlsverfahrens mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden kann. Zeigt sich nach der Berufung an den Appellationsrichter ein Nichtigkeitsgrund, so muss die verletzte Partei den ordentlichen Rechtsweg betreten (Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO).

IV. Die Wiederherstellung (Revision)

Das Rechtsmittel der Revision bezweckt die Aufhebung oder Abänderung eines in Rechtskraft erwachsenen Erkenntnisses auf dem Wege neuer Beurteilung des Falles. Sie ist nur in folgenden Fällen möglich:

1. wenn von seiten des Richters erweisbarer Irrtum über entscheidende Tatsachen gewaltet hat und eine Anfechtung durch die Berufung nicht möglich war (Art. 435 Ziff. 1 ZPO);

2. wenn neue entscheidende Tatsachen oder Beweismittel vor-

---

[17] Vgl. einen EAppR v. 7. Sept. 1940, wo diese Frage erwogen worden ist.

gebracht werden, die der Gesuchsteller nicht kannte oder wegen Verhältnissen, die ausser seiner Gewalt lagen, nicht vorlegen oder geltend machen konnte (Art. 435 Ziff. 2 ZPO);

3. wenn im Wege des Strafprozesses oder, wenn ein solcher nicht mehr angehoben werden kann, sonst erwiesen oder in hohem Grade wahrscheinlich gemacht ist, dass das Erkenntnis des Gerichts durch eine strafbare Handlung zum Nachteile des Gesuchstellers beeinflusst worden ist (Art. 435 Ziff. 3 ZPO).

Für unsere Verfügungen im Befehlsverfahren kann die Revesion praktisch nur bei Vorliegen des Tatbestandes der Ziff. 1 in Frage kommen. Hier wäre es unbillig, die die Revision verlangende Partei wegen eines richterlichen Irrtums auf den ordentlichen Prozessweg zu weisen, der einmal viel kostspieliger und zudem der Gegenpartei als Beklagte bessere Verteidigungsmittel in die Hand geben würde. Wichtigste Voraussetzung ist dabei, dass die Berufung an den Appellationsrichter nicht ergriffen werden konnte. Das heisst natürlich nicht, dass bei schuldhafter Versäumung der Berufung die Revision verlangt werden kann. Es braucht eine objektive Unmöglichkeit.

Ist der Tatbestand der Ziff. 2 erfüllt, so kann unter Umständen ein neues Gesuch beim Befehlsrichter gestellt[18] oder es muss der ordentliche Rechtsweg beschritten werden.

Die Voraussetzungen der Ziff. 3 werden kaum jemals im Befehlsverfahren eintreffen.

Das Gesuch muss schriftlich innert 30 Tagen seit Kenntnis des richterlichen Irrtums beim iudex a quo eingereicht werden (Art. 436 und 437 Ziff. 1 ZPO). Ueber das nähere Verfahren vergleiche Art. 438—440 ZPO.

V. Die Reinigung von der Versäumnis

Das Rechtsmittel der Reinigung richtet sich gegen Entscheidungen im Versäumnisverfahren nach Art. 367 ff. ZPO. Da dieses aber im Befehlsverfahren nie zur Anwendung kommt, ist auch die Reinigung als ausserordentliches Rechtsmittel gegen dessen Verfügungen ausgeschlossen.

VI. Die Erläuterung

Die Erläuterung bezweckt die Klarstellung des Dispositivs eines Erkenntnisses, wenn dieses unklar, unvollständig oder widersprechend ist (Art. 447 ZPO). Hat ein Befehl eine dieser Voraussetzungen, so kann ohne weiteres die Erläuterung verlangt wer-

[18] Siehe S. 115 dieser Arbeit.

den. Sofern es sich nicht um Schreibfehler, Rechnungsirrtümer und irrige Benennung der Parteien handelt, muss ein schriftliches Gesuch mit wörtlicher Anführung der mangelhaften Stellen beim iudex a quo eingereicht werden. Ueber das weitere Verfahren geben uns die Art. 447 ff. ZPO die nötige Auskunft.

VII. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde hat in der neuen ZPO einen mehr disziplinarischen Charakter bekommen und richtet sich eher gegen den erkennenden Richter als gegen einen Entscheid.

Als Beschwerdegründe kommen in Frage:

1. Die Weigerung des Befehlsrichters, eine ihm nach Gesetz obliegende Amtshandlung vorzunehmen (Art. 450 Ziff. 1 ZPO).
2. Die ungerechtfertigte Verzögerung einer solchen Amtshandlung (Art. 450 Ziff. 1 ZPO).
3. Der Missbrauch oder die Ueberschreitung seiner Amtsgewalt (Art. 450 Ziff. 1 ZPO).
4. Eine strafbare Handlung oder Unterlassung (Art. 450 Ziff. 1 ZPO).
5. Willkür in der Ausübung seiner Befugnisse (Art. 450 Ziff. 2 ZPO).

Diese Beschwerde kann natürlich auch im Befehlsverfahren in Frage kommen. Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit ist, dass überhaupt jeder andere Rechtsbehelf ausgeschlossen ist[19] (Art. 450,2 ZPO).

Beschwerden gegen den Bezirksgerichtspräsidenten sind schriftlich bei der Rekurskommission anzubringen, solche gegen den Appellationsrichter, den Handelsgerichtspräsidenten und den Gemeindeammann beim Regierungsrate (Art. 451 ZPO).

Die Frist beträgt 30 Tage seit der Mitteilung des angefochtenen Erlasses oder seit dem Zeitpunkt, in dem die Partei zuverlässige Kenntnis vom Beschwerdegrund erhalten hat (Art. 452 ZPO).

Das Verfahren regelt Art. 453 ZPO.

Die Rechtsfolgen, die bei Begründetheit der Beschwerde eintreten, können je nach den besonderen Verhältnissen verschieden sein: es kann die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses verfügt werden, ferner die Ermahnung der fehlbaren Behörde zur Pflicht, Amtseinstellung für den betreffenden Fall, Fällung einer Busse bis zu Fr. 200.— und schliesslich Strafeinleitung durch den Regierungsrat (Art. 454 ZPO).

---

[19] Ueber die Praxis der Zulässigkeit der Rechtsverweigerungsbeschwerde vgl.:
VP II 108;213;432;567.

VIII. Die Weiterziehung an das Bundesgericht

Eine Weiterziehung einer Verfügung im Befehlsverfahren durch die Berufung kommt nicht in Frage, weil das anfechtbare Erkenntnis ein Haupturteil sein muss (Art. 56 und 58 OG).

Dagegen verlangt die zivilrechtliche Beschwerde nur das Vorhandensein eines letztinstanzlichen Entscheides in einer Zivilsache[20]. Dieser braucht kein Haupturteil zu sein[21]. Die zivilrechtliche Beschwerde ist demnach zulässig gegen blosse Verfügungen im summarischen Verfahren, insbesondere auch gegen exekutionsrechtliche Dekrete[22], nicht aber gegen rein prozessleitende Verfügungen[23]. Es kann deshalb eine Verfügung des Befehlsverfahrens weitergezogen werden, sofern die Gründe nach Art. 87 OG gegeben sind. Neben diesen Gründen bildet wie gesagt die Letztinstanzlichkeit des Entscheides eine weitere Voraussetzung. Giesker versteht unter derselben die Unmöglichkeit einer Weiterziehung des Entscheides durch ein ordentliches Rechtsmittel[24]. Das heisst für das Befehlsverfahren, dass alle in Frage kommenden Befehle zuerst an den Appellationsrichter gelangen müssen. Doch glauben wir, und das geht leider aus der Judikatur nicht eindeutig hervor, dass wir den Begriff der Letztinstanzlichkeit noch etwas strenger auslegen müssen. Nach unserer Auffassung ist über eine Verfügung letztinstanzlich entschieden worden, wenn sie überhaupt durch keine kantonale Instanz mehr abgeändert werden kann[25]. Dies wirkt sich für unsere Entscheide folgendermassen aus: Begehren auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO können wegen ihrer dargestellten mangelnden Rechtskraft durch den ordentlichen Richter erneut beurteilt werden. Fassen wir demnach letztinstanzlich im ersten Sinne auf, so sind diese Verfügungen unmittelbar nach der Berufung an den Appella-

---

[20] Giesker S. 182 ff.
BGE 41 II 762.

[21] Jaeger, Einleitung zur Textausgabe des OG S. 19.
Praxis IV No. 38 S. 91.
BGE 41 II 298; 41 II 762; 48 II 340; 50 II 97; 60 II 378.

[22] Giesker S. 183.
BGE 51 III 193 Ew 2; 62 II 222; 67 I 218; 69 II 124.

[23] BGE 42 II 529; 43 II 453.

[24] Giesker S. 188.

[25] Dies lässt sich indirekt aus Giesker schliessen. S. 194.
Bei der Frage der Weiterziehbarkeit geht er schlussendlich von der Rechtskraft aus, indem nur formell rechtskräftige Entscheide weitergezogen werden können. Die formelle Rechtskraft bestimmt sich nach dem kant. Recht.
Andeutungen in BGE 62 II 223; 67 II 219.

tionsrichter an das Bundesgericht weiterziehbar. Nach dieser Weiterziehung hätte die unterliegende Partei wegen der mangelnden Rechtskraft immer noch die Möglichkeit, an den kantonalen ordentlichen Richter zu gelangen, um bei genügendem Streitwert auf dem Wege über das Kantonsgericht erneut mit der Berufung beim Bundesgericht zu landen. Man könnte sich auf diese Weise Fälle denken, die durch sieben Instanzen gegangen wären: durch den Bezirksgerichtspräsidenten, den Appellationsrichter, das Bundesgericht auf Grund der zivilrechtlichen Beschwerde, den Vermittler, das Bezirksgericht, das Kantonsgericht und zuletzt wiederum das Bundesgericht auf Grund der Berufung. Dies wäre widersinnig und würde der Trölerei Vorschub leisten. Deshalb soll ein Anspruch nach Art. 389 Ziff. 1 und 3 ZPO erst an das Bundesgericht gelangen, wenn er vom kantonalen ordentlichen Richter entschieden worden ist; oder mit anderen Worten: Besteht nach der Berufung an den Appellationsrichter immer noch ein Beschwerdegrund gemäss Art. 87 OG, so muss dieser zuerst vor dem ordentlichen Richter geltend gemacht werden[26]. Dies schliessen wir auch aus der Natur der zivilrechtlichen Beschwerde. Sie ist eigentlich eine Kassationsbeschwerde, sofern sie aus Gründen des Art. 87 OG erhoben wird. Die Beschwerdeinstanz entscheidet nur, wenn die Sache spruchreif ist. Im anderen Falle hebt sie den vorinstanzlichen Entscheid auf und weist ihn zurück (Art. 93,2 OG). Im Falle einer Rückweisung müsste wieder der Appellationsrichter urteilen und seine Verfügung wäre für den ordentlichen Richter nicht bindend. Es könnte die gleiche Frage z. B. die Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts nochmals vor ihm aufgerollt werden[27].

Ganz anders bei den Verfügungen auf Grund von Art. 389 Ziff. 2 ZPO. Sind diese einstweiligen Verfügungen einmal vom Appellationsrichter entschieden worden, so ergibt sich keine Erledigungsmöglichkeit mehr mittels einer kantonalen Instanz; denn diese stehen im Zusammenhange mit einem Hauptprozess vor dem ordentlichen Richter. Sie können nicht separat neben dem Hauptprozesse an den ordentlichen Richter gelangen. Deshalb sind sie ohne weiteres durch die zivilrechtliche Beschwerde anfechtbar, weil sie auch den Voraussetzungen unseres Begriffes der Letzt-

---

[26] In den BGE lässt sich daher auch nichts über solche Ansprüche auf Grund von Art. 389 Ziff. 1 und 3 finden, obwohl Zürich schon lange eine ähnliche Regelung kennt. Dagegen haben wir Entscheide über St. Gallische einstweilige Verfügungen z. B. in BGE 51 III 193.

[27] Diese Ausführungen gelten auch in bezug auf die zivilrechtliche Beschwerde nach dem Entwurf über ein neues BG über die Bundesrechtspflege.

instanzlichkeit genügen[28]. Gerade in bezug auf Gerichtsstandsfragen oder auf die Frage der Rechtsanwendung wird eingewisses Bedürfnis vorhanden sein, einen Entscheid an das Bundesgericht zu ziehen, weil sehr oft der Gerichtsstand der einstweiligen Verfügung mit demjenigen der Hauptsache nicht zusammenfällt[29].

[28] Z. B. in BGE 51 III 193.
[29] Siehe S. 88 ff.